Die objektiven Voraussetzungen des Erwerbes einer Servitut durch Ersitzung nach Gemeinem Recht und dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Ernst Hahne

aus Altona

Referendar am kgl. Amtsgericht zu Altona.

Approbiert am 25. Mai 1906.

Erlangen.

K. B. Hof- und Universitätsbuchdruckerei von Junge & Sohn.

1907.

160

Referent: Univ.-Professor Dr. Binder.

Meinen lieben Eltern

gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549813_0107

Disposition.

A. § 1. **Einleitung.**
Aktuelle Bedeutung des Gemeinen Rechts.

B. **Ausführung.**

I. Gemeines Recht.

§ 2. Es findet eine Ersitzung an allen Servituten statt.
§ 3. Das Erfordernis der „res habilis".
§ 4. Das Erfordernis des Rechtsbesitzes.
§ 5. Das „corpus" des Rechtsbesitzes.
§ 6. „Animus" beim Rechtsbesitze.
§ 7. „Nec vi", „nec clam", „nec precario".
§ 8. „Titulus".
§ 9. „Tempus".

II. Bürgerliches Recht.

§ 10. Ersitzung des Nießbrauchs an beweglichen Sachen.
§ 11. Grundbuchersitzung.

C. § 12. **Schluß.**
Übergangsbestimmungen.

Literaturverzeichnis.

Bergenthal, Entstehung und Schutz der Wegservituten (Dissertation 1897).

Bessel, Über die Lehre von der Erwerbung der Servituten durch Verjährung (im Archiv für die zivil. Praxis XIII).

Biermann, Kommentar zum Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 98. und 2. Aufl. 1903.

Bossert, Wesen des Servitutenbesitzes nach römischem Recht (Dissertation, Tübingen 1882).

Busch, Beiträge zur Lehre von der Ersitzung der Servituten (im Archiv für die zivil. Praxis XXXI).

Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. 1901, Bd. II.

Corpus iuris civilis (Krüger und Mommsen, 6. Aufl. 1892/93).

Crome, Sachenrecht (System des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. III), Ausgabe 1905.

Dernburg, Pandekten, 4. und 5. Auflage.

— Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs, Ausgabe 1898 und 7. Aufl. 1902 (Sachenrecht).

Elvers, Servitutenlehre 1854/1856.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts (Sachenrecht II. 1).

Enneccerus-Lehmann, Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (R.G.).

Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Gierke, Deutsches Privatrecht, Sachenrecht Bd. II, Ausgabe 1905.

Glück, Pandektenkommentar Bd. 9 und 10.

Habicht, Die Übergangsbestimmungen.

Hasse, Rheinisches Museum II. 1828.

Hedemann, Erwerb und Schutz der Servituten nach römischem Recht, 1864.

Heilfronn, Sachenrecht.

Hoffmann, Die Lehre von den Servituten nach römischem Recht, 1838/1843.

— In Fuhr und Hoffmanns zivilistischen Versuchen Nr. 1.

Kuhlenbeck, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.

Kuhlmann, Das Institut der Ersitzung als Eigentumserwerbsart bei Immobilien nach gemeinem Recht und dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. (Dissertation, Bonn 1899.)

Lessing, Im sächsischen Archiv für bürgerliches Recht (S. 607).

Maret, Die Acquisitiv-Verjährung von Grunddienstbarkeiten nach gemeinem Recht und dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. (Dissertation 1899.)

Mathiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.

Meißner, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit E.G.

Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches Bd. 3 (Sachenrecht, 1888).

Muther, Die Ersitzung der Servituten (insbesondere der Wegservituten, 1852).

Neumann, Handbuch des Bürgerlichen Rechts.

Neustetel und Zimmern, Römisch-rechtliche Untersuchungen für Wissenschaft und Ausübung. (II. Heidelberg, 1821.)

Oberneck, Reichsgrundbuchrecht.

Ostermeyer, Handbuch des Sachenrechts.

Paulus, Sentenzen.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Sachenrecht), Bd. III in neuester Auflage.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Puchta, Lehrbuch des Pandektenrechts (6. Aufl. 1852).

v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts (Band IV, 1841).

— Das Recht des Besitzes (7. Aufl. 1865).

Scherer, Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches.

v. Seckendorf (im Archiv für die zivil. Praxis IV).

Sohm, Institutionen des römischen Rechts (4. Aufl. 1891).

Turnau und Förster, Liegenschaftsrecht.

Unterholzner, Verjährungslehre II. (2. Aufl. 1858, Bd. 1/2).

Vangerow, Lehrbuch des Pandektenrechts (7. Aufl. 1863/67/76).

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts (7. Aufl. 1891).

A. Einleitung.

§ 1.

Aktuelle Bedeutung des Gemeinen Rechts.

Die Frage nach den objektiven Voraussetzungen der Ersitzung einer Dienstbarkeit ist nicht ohne aktuelles Interesse. — Für das geltende Recht ist dies ohne weiteres ersichtlich, da es gilt die Tragweite der in Betracht kommenden Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches festzustellen, die Paragraphen 900 und 1033 auszulegen.

Aber auch bezüglich des gemeinen Rechtes ist die Prüfung dieser Frage nicht ohne Bedeutung, denn nach Art.: 189 E.G. z. B.G.B. erfolgt der Erwerb des Eigentums oder eines sonstigen Rechtes an einem Grundstücke solange nach den bisherigen Gesetzen, bis eine landesgesetzliche Bestimmung erfolgt, nach der das Grundbuch als angelegt anzusehen ist. — Auch bedarf eine Grunddienstbarkeit, die zu der Zeit besteht, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, zur Erhaltung gegenüber der Wirksamkeit des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (§ 892 B.G.B.) nicht der Eintragung. Die Landesgesetze können allerdings abweichende Bestimmungen treffen.

Es ist also grundsätzlich durchaus möglich, daß ein Servitutberechtigter sich auch noch lange nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches zum Beweise seiner Berechtigung nicht auf die in § 891 B.G.B.'s statuierte Vermutung beziehen kann, weil er nicht eingetragen ist und nicht eingetragen zu sein

braucht, sondern daß er den Beweis seiner Berechtigung durch den Nachweis seines Titels und durch Benennung des berechtigten Autors, oder durch Bezugnahme auf die hier zu erörternde Ersitzung erbringen muß.

Ferner läßt sich die Frage, ob die durch das Bürgerliche Gesetzbuch getroffenen Bestimmungen hinsichtlich der Ersitzung von Dienstbarkeiten einen Fortschritt bedeuten, ob ihnen hinsichtlich ihrer praktischen Brauchbarkeit eine günstige Prognose zu stellen ist, nur beantworten unter genauerer Betrachtung der Bestimmungen des gemeinen Rechts. Wir werden daher im ersten Teile vorliegender Abhandlung nur die Frage ins Auge fassen, welches die objektiven Voraussetzungen des Erwerbs einer Servitut nach gemeinem Recht sind.

B. Ausführung.

I. Gemeines Recht.

§ 2. Es findet eine Ersitzung an allen Servituten statt.

Unter Servituten oder Dienstbarkeiten verstehen wir beschränkte dingliche Nutzungsrechte an fremden Sachen. Das Subjekt dieser Rechte ist bei einem Teil dieser Nutzungsrechte bestimmt durch den jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks, zu dessen dauernden Gunsten ein anderes Grundstück mit einem Rechte derart belastet ist, daß der jeweilige Eigentümer des herrschenden Grundstücks das dienende Grundstück in einzelnen Beziehungen benutzen darf, oder, daß auf dem Grundstück gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen, oder daß die Ausübung eines Rechtes ausgeschlossen ist, das sich aus dem Eigentum des belasteten Grundstücks dem andern Grundstück gegenüber ergibt. Diese Dienstbarkeiten nennt man die Grunddienstbarkeiten oder Realservituten.

Ihnen stehen die persönlichen Dienstbarkeiten oder Personalservituten gegenüber, deren das römische Recht vier kannte: den ususfructus, den usus, die habitatio und die operae servorum. Sie sind schlechtweg an die Person eines Berechtigten gebunden und gehen durch dessen Tod unter.

Der gewöhnliche Erwerbsgrund dieser Dienstbarkeiten war natürlich der Vertrag, auch konnten sie durch Richterspruch im Teilungsverfahren, durch Vermächtnis und kraft Gesetzes entstehen.

Aber dieselben Gründe, die zur Erwerbung des Eigentums durch Ersitzung geführt hatten, führten schon in ältester Zeit zu einer zivilrechtlichen „usucapio servitutum".

Bald aber überzeugte man sich, daß die zu erstrebende Erleichterung des Beweises durch Bezugnahme auf die Ersitzung für den Servitutberechtigten allzu teuer erkauft war durch die schwere Gefahr, die dem Eigentümer namentlich infolge der kurzen Ersitzungsfrist von 1 bis 2 Jahren drohte.

Eine uns nicht näher bekannte lex Scribonia schaffte daher die „usucapio servitutum" ab.

Doch das Bedürfnis der Beweiserleichterung für alte bestehende Gerechtigkeiten blieb lebendig.

Dies Bedürfnis zwang das Rechtsleben ein neues Institut langsam tastend zu bilden; wie immer in der römischen Rechtsgeschichte war der Prätor das Mittel. Immerhin ist dieses Entwickelungsstadium bis Justinian nicht zu der scharfen durchsichtigen Entfaltung und Durchbildung gediehen, die wir an anderen Rechtsinstituten der Römer bewundern; die so verschieden gedeuteten Quellenstellen, in denen unser Rechtsinstitut bald als „diuturnus usus", bald als „longa quasi possessio", „longa consuetudo" bezeichnet wird, lassen viele Fragen offen, und für die Praxis ist es freudig zu begrüßen, daß heute alle namhaften Rechtslehrer darin einig sind, daß man bei der Aufstellung der heutigen Ersitzungslehre der Servituten

nicht allein die römischen Rechtsquellen, sondern ebensosehr die spätere Entwickelung in Theorie und Rechtssprechung beachten müsse.

Die genannte Vieldeutigkeit und Unsicherheit der Quellen erklären es, wenn wir an die Spitze unseres Aufsatzes die Frage stellen müssen, ob es denn überhaupt nach den Quellen eine wirkliche Ersitzung der Servituten im gemeinen Recht gab, oder ob jene so paradox anmutende Meinung das Richtige getroffen haben sollte, die in interessanten Ausführungen den Knäuel der Streitfragen über die Voraussetzungen der Servitutenersitzung dadurch zu zerhauen versuchte, daß sie behauptete, eine solche Ersitzung sei den Quellen ganz fremd, das Rechtsinstitut, das Justinian im Auge habe, sei die unvordenkliche Verjährung, die zwar das Recht nicht erwerben ließe, aber den verloren gegangenen Beweis für eine frühere Erwerbung ersetze.

Die Quellen (so „Hedemann" a. a. O. S. 55) bezeugen diese Ansicht, behauptet „Hedemann", und beruft sich S. 14 ff. auf die vielumstrittene l. 10. § 1. D. de usurp. (41, 3):

„Hoc iure utimur, ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint."

Der Wortlaut dieser Stelle scheint dem Verfasser Recht zu geben, aber angesichts der Tatsache, daß etwa zehn im Laufe der Abhandlung noch anzuführende Stellen sich nur so auslegen lassen, daß damit eine erwerbende Verjährung, die Ersitzung, nicht die unvordenkliche Zeit gemeint ist, muß man sicher „Windscheid" (a. a. O. S. 969), „Frank" (a. a. O. S. 142) und „Unterholzner" (a. a. O. S. 144 § 198) beistimmen, welche der Ansicht sind, daß der Jurist ursprünglich geschrieben habe: „ut servitutes per se nusquam usu capi possint", und daß die Kompilatoren, den Ausdruck „usu capere" mit „longo tempore capere", zu vertauschen gewohnt, auch hier flüchtig die Worte in dieser Weise geändert

hätten, mit denen eben nur gesagt werden solle, daß eine alte zivilrechtliche Ersitzung der Servituten ausgeschlossen sei. (Vgl. „Dernburg“ a. a. O. § 252 Anmerk. 4).

Das hiergegen von „Hedemann“ (a. a. O. S. 19 oben) geltend gemachte Argument trifft nicht zu; die Ersitzungszeit der justinianischen „praescriptio“ war viel länger als die zivilrechtliche Frist, und daher die Ersitzung viel schwerer.

Ein näheres Eingehen auf „Hedemanns“ Argument verbietet sich im Rahmen unserer Abhandlung. Wir sehen unter Hinweis auf die Quellen und in Übereinstimmung mit den namhaftesten Juristen die Ersitzung der Servituten als ein dem gemeinen Recht bekanntes Rechtsinstitut an; es fragt sich, ob die Meinung derer begründet ist, welche behaupten, daß gewisse Servituten von der Ersitzung ausgeschlossen seien.

Für die Personalservituten behauptet dies zunächst „Zimmern“ (a. a. O. S. 111; S. 115).

Er behauptet, alle Stellen, welche einen Erwerb der Servituten durch fortgesetzte Ausübung bezeugten, sprächen von Realservituten, ein Zeugnis für die persönlichen Dienstbarkeiten existiere nicht. „Dazu kommt, daß die wichtigste Personalservitut, der Nießbrauch, das Eigentum so ungeheuer beschränkt, daß es schon darum sehr bedenklich wäre, aus dem bloßen Gebrauche ein Recht entstehen zu lassen. Zu bedenken ist ferner, wie eingeschränkt aus demselben Grunde dieses ganze Recht überhaupt war, welches mit dem Tode aufhörte, also nicht einmal wenn es existierte, einer langen Dauer fähig war, wie sollte es gar durch die Dauer entstehen?“

Dieser Argumentation kann man entgegenhalten, gerade, weil der Nießbrauch schon mit dem Tode des Berechtigten endet, ist es um eine vielleicht einmal geschehende Ersitzung nicht schlimm, und der Hauptzweck der Ersitzung ist und bleibt ja die Beweiserleichterung des Berechtigten, — außerdem spricht die l. 12. C. de praesc. long. temp. (7,33) gerade

von dem „usus fructus“ und betont seine Ersitzungsfähigkeit wie auch die der übrigen Dienstbarkeiten, zu denen natürlich auch die persönlichen gehören. Auch die persönlichen Dienstbarkeiten können also unseres Erachtens ersessen werden; mit dieser Ansicht stimmen die gebräuchlichsten Pandektenlehrbücher überein. —

Des weiteren hat man den „servitutes discontinuae“ die Ersitzbarkeit bestreiten wollen. Man versteht unter ihnen Servituten, deren Ausübung nicht ständig erfolgt, z. B. das Wegerecht; die Quellen kennen den Ausdruck nicht. Diese Ansicht hat den Vorzug für sich, daß sie den Weg in die Praxis gefunden hat; wie aus „Dernburg“ (a. a. O. § 252 Anm. 10) und „Windscheid“ (a. a. O. § 213, 3) hervorgeht, wurde sie vom Reichskammergericht adoptiert und in vielen Territorien observanzmäßig beobachtet. „Savigny“ trat dieser Meinung entgegen. („Savigny“ a. a. O. Bd. IV. S. 480); für die Praxis ist die Frage im Sinne „Savignys“ durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts (Band III S. 210) entschieden. Die Meinung des Reichsgerichts stimmt auch mit den Quellen überein. Zum Beweise des Gegenteils hat man angeführt die l. 14 pr. D. serv. (8,1): „Servitutes praediorum rusticorum, etiam si corporibus accedunt, incorporales tamen sunt et ideo usu non capiuntur: vel ideo, quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem, nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio eius interpellari videatur. Idem et in servitutibus praediorum urbanorum observatur“.

Diese Stelle paßt aber in ihren Gründen wie „Glück“ (a. a. O. S. 149) treffend bemerkt, ebensogut auf die „servitutes continuae“, wie auf die „discontinuae“, wie ja auch im letzten Satze dieser Stelle die „servitutes praediorum rusticorum“ mit den „servitutes praediorum urbanorum“, die

ja meist „continuae“ sind, gleichgestellt werden. Außerdem spricht diese Stelle ja nur von „usu capi“, und die „usucapio“ war allerdings durch die lex Scribonia aufgehoben. — (Vergleiche zu dem Ausgeführten „Maret“ a. a. O. S. 7,8.) Was aber die gleichfalls viel herangezogene l. 3 § 4 D. de aqu. cot. et aest. (43,20) betrifft: „Ductus aquae, cuius origo memoriam excessit, iure loco constituti habetur“, so stimmen wir mit „Maret“ überein, der S. 9 verwundert fragt: „was berechtigt dazu, das Wasserleitungsrecht lediglich als „servitus discontinua“ aufzufassen?“

Denkt man an das Recht der Wiesenbewässerung, so dürfte dies wohl zutreffend sein; bei einer Wasserleitung aber, die durch Brunnenröhren geht, spricht man unzweifelhaft von einer „servitus continua“, und daß eine solche nicht unter jenes Gesetz falle, ist nicht erwähnt. — Auch sagt diese Quellenstelle keineswegs, daß die unvordenkliche Zeit die ausschließliche Verjährungsart bei dem „aquae ductus“ sei. (So auch „Muther“ a. a. O. § 5—7).

Auch die von den Anhängern der bekämpften Ansicht angezogene l. 1. § ult. D. de aqu. pluv. (39,3), sowie l. 4 § 29 und § 27 D. de usuc. (41,3) unterscheiden nicht zwischen den „servitutes continuae“ und „discontinuae“ und liefern daher keinen Beweis. (So auch „Maret“ a. a. O. S. 9 und „Muther“ a. a. O. § 5—7.) Ausdrücklich entgegen stehen dieser Ansicht aber die Schlußworte der schon genannten l. 12. C. de praesc. long. temp. (7,33) „et ceterae servitutes“ und die von „Maret“ (a. a. O. S. 9) erwähnte l. 5 § 3 D. de itinere (43, 19), welche lautet:

„Si quis servitutem iure impositam non habeat, habeat autem velut longae possessionis praerogativam ex eo, quod diu usus est servitute, interdicto hoc uti potest.“

Hier wird also die Ersitzung einer Wegeservitut, die doch

stets „discontinua“ ist, ausdrücklich erwähnt. Manche wollen indes das „iter“ nur dann als „servitus discontinua“ aufgefaßt wissen, wenn es ein solches ist, das nur bei gewissen Gelegenheiten ausgeübt zu werden pflegt, z. B. zu Begräbniszwecken. — (So „Heilfronn“ a. a. O. § 36 f. 3.) Diese können natürlich die Beweiskraft der angeführten Stelle nicht anerkennen.

Ebenso irrig ist unseres Erachtens die Ansicht, daß die negativen Dienstbarkeiten nicht ersessen werden können.

Wenn man freilich mit „Glück“ (a. a. O. Bd. X. S. 213 und „Savigny“ (Recht des Besitzes § 46) den Quasibesitz bei diesen Servituten schon erkennt in dem tatsächlichen Bestehen des Zustandes, in welchem die fraglichen Handlungen nicht geschehen, und wenn man dann konsequent diesen „Besitz“ zur Ersitzung für genügend erachtet, dann freilich wird man geneigt sein die Möglichkeit der Ersitzung der negativen Servituten zu bestreiten.

Aber diese Gefahr ist wegen der Eigenheit des zu verlangenden Quasibesitzes nicht vorhanden, wie später gezeigt werden wird; man wird daher, wie dies auch fast allgemein geschieht, bei dem Nichtvorhandensein entgegenstehender Quellenstellen und unter Berücksichtigung der Schlußworte der l. 12 C. de praesc. long. temp. (7, 33) die Ersitzung der negativen Servituten nicht bestreiten.

§ 3. Das Erfordernis der „res habilis“.

Haben wir somit gesehen, daß bei keiner Art der Dienstbarkeiten die Ersitzung ausgeschlossen ist, so gehen wir nunmehr zu der Frage über, welche die objektiven Voraussetzungen dieser Ersitzung sind.

Die römischen Juristen haben es unterlassen, eine klare

Bestimmung dieser Voraussetzungen zu geben; aus den in Betracht kommenden Stellen:

l. 10 pr. D. (8, 5)
l. 1 § ult. D. (39, 3)
l. 5 § 3 D. (43, 19)
l. 28 D. (8, 2)
l. 25 D. (8, 6)
l. 1, 2 C. (3, 34)
l. 12 i. f. C. (7, 33)

hat sich nicht so Bestimmtes entnehmen lassen, daß nicht seit der Glosse, nicht nur über die Erfordernisse überhaupt, sondern auch über die Bedeutung eines jeden einzelnen Requisits lebhaftester Streit geherrscht hätte.

Wir sind der Ansicht, daß zunächst, wie bei der Eigentumsersitzung, eine „res habilis", eine ersitzungsfähige Sache, vorhanden sein muß; in all den Fällen, in denen eine ordentliche Eigentumsersitzung, nicht stattfindet, ist auch die Servitutenersitzung ausgeschlossen. (So auch „Windscheid" a. a. O. § 213, 9, „Vangerow" a. a. O. § 351, 5.)

Entscheidendes ist hierüber in den Quellen nicht zu finden; die Praxis, auch die des R. G. (Bd. VI S. 202) teilte diese Meinung, oder schloß doch wenigstens gewisse Sachen von der Servitutenersitzung aus.

In der Tat sprechen starke innerliche Gründe für die hier vertretene Ansicht, namentlich ein gewichtiges „argumentum a maiore ad minus". Dieselben Gründe, die dazu führten, die Ersitzung an den „res inhabiles" hinsichtlich des Eigentums auszuschließen, treffen auch für die Servitutenersitzung zu.

Mag man aber auch die Analogie zum Eigentume nicht für zwingend und das ganze Erfordernis als den römischen Quellen fremd betrachten, wie „Dernburg" dies tut, so muß doch nach der Entwickelung der Theorie und Praxis heute die

Ersitzungsfähigkeit der Sache als Erfordernis auch der Servitutenersitzung festgestellt werden.

Auch „Dernburg", wie „Brinz" und „Puchta", (s. „Maret" a. a. O. S. 31) im Prinzip ein Gegner dieser Lehre — es ist „Dernburg" zuzustimmen, wenn er sagt, es handele sich nicht bei der Ersitzung des Eigentums und der Servituten um ein einheitliches Ersitzungsinstitut, sondern um Institute, die eine getrennte historische Entwickelung hätten und nicht immer parallel liefen — (a. a. O. § 253, Anm. 13.) auch „Dernburg" muß anerkennen, daß die Praxis an dem Erfordernis festgehalten hat, so auch das R. G. (Band VI S. 202).

Das Gegenteil geht jedenfalls nicht aus den Quellen hervor; vielmehr läßt sich zur Rechtfertigung unserer in der Praxis anerkannten Ansicht die l. 10 D. (8, 6) verwenden, welche lautet: „Si communem fundum ego et pupillus haberemus, licet uterque non uteretur, tamen propter pupillum et ego viam retineo".

Hieraus ist mit Recht geschlossen worden, daß, wenn der Unmündige nicht einmal durch befreiende Verjährung leiden solle, so könne um so viel weniger eine erwerbende Verjährung gegen den Unmündigen wirksam sein. (So „Bergenthal" a. a. S. 31).

Ebenso, wie der Minderjährige, muß der Fiskus, wie gegen die Eigentums-, so auch gegen die Servitutenersitzung geschützt sein; entsprechend findet dieselbe ferner nicht statt an Sachen des Landesherrn, an unbeweglichen Sachen der Kirchen und milden Stiftungen, an den „res furtivae" und „vi possessae". —

Ist man ferner der Ansicht wie „Windscheid" (a. a. O. § 182, 5), daß ein gesetzliches Veräußerungsverbot, welches Nichtigkeit begründet, auch die Ersitzung ausschließe, so muß

man dies, wie auch „Bergenthal“ (a. a. O. S. 20) tut, auch bezüglich der Servitutenersitzung annehmen. —

Nicht korrekt ist es aber, wie dies von manchen geschieht, an dieser Stelle als „res inhabiles“ die Luft, das Meer mit seinen Gestaden, die „aqua profluens“ zu nennen; denn diese Dinge sind keine „res inhabiles“, sondern überhaupt keine Sachen im Rechtssinne, ebensowenig wie etwa Sonne, Mond und Sterne.

„Sache ist nur ein der menschlichen Herrschaft unterworfener, als Ganzes selbständig existierender Gegenstand“. („Sohm.“)

Zweifelhaft ist, ob an den Sachen, an denen eine ordentliche Eigentums- und Servitutenersitzung nicht stattfindet, auch eine außerordentliche Servitutenersitzung in dreißig bezw. in vierzig Jahren ausgeschlossen ist. — „Vangerow“ hält den Ausschluß der ordentlichen Ersitzung an nicht usukapionsfähigen Sachen für „selbstverständlich“ („Vangerow“ a. a. O. § 351. 5), stellt dagegen mit „Bessel“ (a. a. O. § 33. S. 423) und „Hoffmann“ (a. a. O. II S. 173) die Existenz einer außerordentlichen Servitutenersitzung in Abrede.

Er konstatiert, daß die: l. 8 C. de praesc. XXX annor. (7, 39), welche die „praescriptio longissimi temporis“ einführte, nur von dem Eigentum redet und meint, eine analoge Ausdehnung der Verjährung sei musterhaft; „Bessel“ (a. a. O. § 33) betont ebenfalls, daß sich die angeführte „lex“ nur auf körperliche Sachen bezieht und meint, die Anwendung der „praescriptio longissimi temporis“ würde offen ausgesprochen sein in den Quellen, da letztere überall bei der Besprechung der Ersitzung auf die Servituten Bezug nähmen. —

Dagegen stimmen „Windscheid“, „Dernburg“, und fast alle andern Schriftsteller mit der Praxis überein, die stets

die außerordentliche Ersitzung bei den usukapionsunfähigen Sachen hat gelten lassen.

Wir werden auf diese außerordentliche Ersitzung der Servituten bei Besprechung des Erfordernisses des Zeitablaufs zurückkommen und gehen nunmehr zur Erörterung eines zweiten Requisits der Ersitzung der Servituten über, dem Rechtsbesitze, „possessio iuris“, auch Quasibesitz genannt. —

§ 4. Erfordernis des Rechtsbesitzes.

Wie bei der Eigentumsersitzung ist auch bei der Ersitzung der Dienstbarkeiten der Besitz die eigentliche Grundlage, der Ausgangspunkt der Ersitzung, worauf schon die sprachliche Eigentümlichkeit der Worte deutet; wegen des lang andauernden Besitzes, der jahrelangen Ausübung, wird einem tatsächlichen Zustande, der bisher nur den Schein eines Rechtes besaß, schließlich die Qualität eines Rechtszustandes zuteil.

Ohne Besitz keine Ersitzung, das sprechen die Quellen klar genug aus und wird auch von keinem Schriftsteller bestritten; umsomehr ist die Frage, wann denn ein solcher Rechtsbesitz anzunehmen sei, welches seine Erfordernisse seien, und wodurch er verloren gehe, von jeher Gegenstand wissenschaftlicher Erörterung gewesen. —

Alle Schriftsteller stimmen darin überein, daß zunächst ein tatsächliches Verhältnis des Ersitzenden zur Sache, an der die Dienstbarkeit erworben werden soll, vorhanden sein muß. Dieses tatsächliche Verhältnis nennt man, wie beim Sachbesitze, „corpus“.

Tritt zu diesem äußerlichen körperlichen Elemente noch eine später zu bestimmende Willensrichtung des Subjektes hinzu, so ist der Rechtsbesitz vorhanden. Die Römer gebrauchen zur Bezeichnung des Rechtsbesitzes bei den Servituten das

Wort „uti“. Dies bedeutet „gebrauchen“, „ausüben“, „Ausübungshandlungen vornehmen“. Dies „uti“ ist die grundlegende Voraussetzung für den Servitutenbesitz, wie sich aus den zahlreichen Stellen ergibt:

l. 20 D. de serv. (8, 1)

„Ego puto usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse.“

l. 20 pr. D. serv. pr. urb. (8, 2)

„In tuo aliquid utor et si quasi facto quodam possideo“.

Ebenso wird das „uti“ als Voraussetzung des Rechtsbesitzes erwähnt in:

l. 10 pr. D. si serv. (8, 5)

„Si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit“; ferner: „per annos forte tot usum se non vi non clam non precario possedisse“.

Vergl. ferner: l. 3 § 2. D. de it. (43, 19)

l. 5 § 3. eod.

l. 2 § 3 D. de prec. (43, 25).

Nach Betrachtung dieser Quellenstellen muß man annehmen, daß wenigstens die Römer die andauernde, wirkliche Ausübung der den Inhalt der Servituten bildenden Befugnis verlangt haben; daß sie den Rechtsbesitz nur als erlangt ansahen, wenn eine Ausübungshandlung erfolgt war, und nur als fortdauernd, wenn diese Handlungen fortgesetzt wurden.

„Windscheid“ indes, und mit ihm die Vertreter der sogenannten Möglichkeitstheorie („Unterholzner,“ „Sintenis“, „Randa“, „Elvers“, „Savigny“), lassen sich durch diese Stellen nicht überzeugen; „Windscheid“ (a. a. O. § 163 Anm. 5) betont, daß, wenn die Quellen zum Erwerbe des Rechtsbesitzes „usum iuris“, also die wirkliche Ausübung des betreffenden Rechtes, das wirkliche Früchte ziehen, das wirkliche Gehen u. s. w. verlangten, so täten sie dies nur, damit das tatsächliche Machtverhältnis über allen Zweifel erhaben sei.

Wenn aber über die Möglichkeit einer solchen tatsächlichen Ausübung kein Zweifel wäre, dann, meinen die Genannten, genüge zur Erlangung des „corpus“ eben diese Möglichkeit der Ausübung, denn die Analogie des Sachbesitzes sei zwingend. —

Dagegen ist mit Recht von „Bossert“ (a. a. O.), dem Hauptbekämpfer dieser Ansicht, eingewandt worden, daß es ja zum mindesten zweifelhaft sei, ob der Sachbesitz in allen Fällen schon gegeben sei, wenn die Möglichkeit der Einwirkung auf die Sache gegeben wäre, und außerdem wäre diese Analogie eben ausgeschlossen, indem die Quellen strikt ein „uti“ erforderten.

Nach unserem Dafürhalten läßt sich eine allgemeine Regel, ob man bei körperlichen Sachen Besitz annehmen soll, wenn nur die Möglichkeit der Einwirkung vorhanden ist oder nicht, nicht aufstellen; die Frage nach dem Vorliegen des erforderlichen Gewaltverhältnisses ist eben zu sehr Sache der richterlichen Würdigung, das Dasein des Besitzes eine „Erfahrungstatsache“, eine „Frage des täglichen Lebens“, („Ihering“), als daß man sie in das Prokrustesbett einer Definition bringen dürfte. —

Unseres Erachtens ist Jemand, der in dem Walde eines Freundes ohne dessen Wissen Vogelschlingen aufgestellt hat, Besitzer der Tiere, die sich darin gefangen haben, auch wenn er tagelang von dem betreffenden Orte entfernt ist; er ist dagegen nicht Inhaber des „corpus“ von Büchern und sonstigen Gegenständen, die sich in dem Zimmer eines Mannes befinden, in dessen Hause er wohnt, und in welches er jeden Augenblick gelangen kann, obwohl hier die Möglichkeit der Einwirkung größer ist, als in dem ersten Falle. —

Wer Besitzer ist, dafür ist die Anschauung des Lebens entscheidend. „Wenn denjenigen, welche von den fraglichen Akten und Verhältnissen Kenntnis haben, Jemand als Herr

über die Sache erscheinen muß, wenn sie nach allgemeiner Verkehrsanschauung den Eindruck haben, daß die Sache ihm unterworfen sei, sich noch in seinem Herrschaftsbereiche befinde, dann ist er Besitzer". („Bossert" a. a. O. S. 70). Was nun den Servitutenbesitz angeht, so mögen Fälle vorkommen, wo der Richter, geleitet von einer gesunden Verkehrsanschauung, den Rechtsbesitz auch da als bestehend ansehen darf, wo eine nahe Möglichkeit vorlag, von der Dienstbarkeit Gebrauch zu machen. Im Allgemeinen aber wird doch die Überzeugung von dem Vorhandensein und Andauern des Rechtsbesitzes sich auf Ausübungshandlungen gründen müssen. Damit stimmt auch im Effekt „Windscheid" (a. a. O.) überein, der die bloße Möglichkeit der Ausübung der Servituten bei denjenigen Servituten nicht genügen läßt, bei denen es sich um den bleibenden Zustand einer Sache handelt, vor allem aber durch den Zusatz „wird freilich die betreffende Handlung nie vorgenommen, so darf kein Besitz angenommen werden", zeigt, daß er selbst fühlt, auf wie schwachen Füßen seine Lehre steht, und wie bedenklich sie ist. —

Für die Frage der Ersitzung wird übrigens dieser Lehre der Stachel dadurch genommen, daß die Anhänger der Möglichkeitstheorie hier einlenken und teils wie „Puchta" (a. a. O. S. 455), „Muther" (a. a. O. S. 52 ff.), „Savigny" (System des röm. R. S. 475, 2.) zur Ersitzung einen von dem sonst von ihnen angenommenen Besitze verschiedenen Besitz, eine Potenz von Besitz erfordern, („Bossert" a. a. O. S. 58.), oder aber, wie „Windscheid" den Ausweg darin finden, daß sie sagen, von der dauernden Nichtausübung sei auf das Aufgeben des Besitzwillens zu schließen. Dieses trifft jedenfalls nicht immer zu.

Die Unhaltbarkeit der Möglichkeitstheorie geht auch daraus hervor, daß nach derselben, wenn auch nie eine Ausübung stattfindet, doch der Rechtsbesitz und damit die Servitut „in

alle Ewigkeit bestehen bleibt," wie „Puchta" in der Tat meint und daher kein Erlöschen durch „non usus" stattfindet.

Auf eine andere ergötzliche Konsequenz dieser Theorie macht „Bossert" (a. a. O. S. 62) aufmerksam; es ist dasselbe Beispiel, durch das bekanntlich „Ihering" in seinem Buche „Scherz und Ernst in der Jurisprudenz" die Möglichkeitstheorie persifliert hat.

Eine gesunde Praxis verlangt jedenfalls, daß die Dienstbarkeit ausgeübt werde, bevor ein Rechtsbesitz angenommen werden kann, und dafür sprechen auch die angeführten Quellenstellen.

Und zwar muß eine dauernde Ausübung stattfinden; die Ausübung muß sich als eine ständige bezw. auf Wiederholung angelegte darstellen; das „Ausübungsverhältnis" muß sich auf die ganze Dauer der Ersitzungszeit beziehen, damit eine Ersitzung erreicht wird. Die Quellen sprechen deutlich genug von einer „longa consuetudo", „diuturnus usus", „longa quasi possessio."

Bevor wir aber feststellen, wann ein solcher Ausübungszustand angenommen werden darf, muß untersucht werden, worin überhaupt die Ausübung bei den einzelnen Dienstbarkeiten besteht.

Was den Nießbrauch betrifft, die wichtigste Personalservitut, so könnte zweifelhaft sein und ist in der Tat zweifelhaft geworden, ob die bloße Detention des beweglichen oder unbeweglichen Gegenstandes zur Annahme des zur Ersitzung erforderlichen Rechtsbesitzes ausreicht, oder ob dieser Rechtsbesitz nur dann entsteht und andauert, wenn der Ersitzende die Früchte wirklich zieht.

„Bossert" (a. a. O. S. 19) scheint die bloße Detention für genügend zu halten; wir stimmen dem zu. Allerdings wird der Beweis des erforderlichen Rechtsbesitzes in der Regel nur durch den Nachweis einer der betreffenden

Servitut eigentümlichen Ausübungshandlung erbracht werden können; die bloße Detention würde ja nur selten erkennen lassen, daß wirklich in der Detention eine Ausübung des Nißbrauchsinhalts liegen solle. Prinzipiell kann jedoch nicht bestritten werden, daß auch in der bloßen Detention eine Ausübung des „usus“ oder „ususfructus“ liegen kann, und wenn objektiv feststeht, daß im konkreten Falle der Servituteninhalt so ausgeübt werden sollte, so ist mit der Erlangung der Detention auch gewiß der zur Ersitzung der Servitut erforderliche „quasi“ Besitz erlangt worden. Man wird deshalb nicht sagen dürfen, daß beim „usus“ und „ususfructus“ ein wirkliches Früchteziehen Voraussetzung für die Erlangung des Quasibesitzes sei, sondern die Erlangung desselben kann in jeder Handlung, auch in dem bloßen Detinieren bestehen, wenn nur klar ist, daß man diese Handlungen in Ausübung des einem zustehenden Rechtes vorgenommen hat.

Denn die Detention ist nicht eine bloße Voraussetzung des „usus“ und „ususfructus“, sondern Ausübung der Servitut selbst, „womit auch die Quellen übereinstimmen, welche dem „usuar“ und „usufructuar“ als solchem Detention zusprechen, nirgends aber andeuten, daß die Detention eine bloße Voraussetzung der Ausübung des „usus“ bezw. des „ususfructus“ wäre.“ („Bossert“ a. a. O. S. 19.)

Mit dieser unserer Auffassung stimmt auch „Schirmer“ (Fußnote zu „Unterholzners“ Verjährungslehre a. a. O. S. 114) überein, der die Ansicht „Unterholzners“ verwirft, daß der Quasibesitz beim „ususfructus“ nur in dem wirklichen „uti“ und „frui“ gesucht werden könnte; aber auch „Schirmer“ betont, daß der Rechtsbesitz nur dann in der Detention vorhanden sei, wenn jemand das Objekt des „ius in re“ zum Behufe der Ausübung des letzteren detiniere.

Noch weiter geht „Elvers“ (a. a. O. S. 674), welcher

unter allen Umständen den Quasibesitz beim „ususfructus“ schon darin sieht, daß man die Sache detiniert; er hebt hervor, daß auch der im Quasibesitze sei, der ein von ihm kraft eines vermeintlichen „ususfructus“ detiniertes Grundstück jahrelang absichtlich brach liegen lasse. — Dagegen „Savigny“ (Lehre vom Besitz § 45).

Unseres Erachtens kommt es zur Entscheidung eines solchen Falles darauf an, ob in dem Brachliegenlassen nicht vielleicht auch das von den Quellen zum Quasibesitze stets verlangte „uti“ liegt; dies wird der Fall sein, wenn der Detentor absichtlich, z. B. aus landwirtschaftlichen Gründen das Grundstück brach liegen läßt, nicht aber dann, wenn er sich überhaupt nicht um das Grundstück kümmert, vielleicht aus Nachlässigkeit.

Ebenso zu halten ist es mit dem „usus“; [die „operae servorum“ kommen als eine dem gemeinen Recht nicht bekannte Rechtsbildung nicht in Betracht].

Dagegen kann bei den Realservituten die Art und Weise der Ausübung eine verschiedene sein. Bei den Servituten, die darin bestehen, daß man auf fremdem Boden, oder innerhalb fremden Luftraums eine Anlage hat, besteht die Ausübung eben in der Herstellung oder dem Bestehenlassen dieser Anlage, also dem Errichten des Erkers, des vorspringenden Stockwerks, des überragenden Daches, der Einsenkung des Balkenkopfes. (Vergl. „Maret“ a. a. O. S. 16“.)

Was jene Dienstbarkeiten angeht, zu deren Ausübung eine Anlage auf fremdem Boden vorausgesetzt wird, so ist zu beachten, daß die Ausübung der Servitut noch nicht in dem Schaffen und Instandhalten jener Anlagen, z. B. bei der „servitus aquae ductus“ der Wasserröhren liegt, daß vielmehr das Fließenlassen des Wassers hinzukommen muß, und hierin erst die Ausübung der Dienstbarkeit liegt. (Vergl. „Maret“ a. a. O. S. 16 unten.)

Es muß eben der wesentliche Inhalt des betreffenden Rechts erschöpft werden, (vergl. „Bossert“ a. a. O. S. 23) daher heißt es auch in den Quellen:

„Labeo ait, si is, qui haustum habet, per tempus, quo servitus amittitur, ierit ad fontem nec aquam hauserit, iter quoque eum amisisse.“ (l. 17. D. quemadm. serv. [8, 6.])

In dem bloßen Gehen zur Quelle liegt eben noch keine Ausübung der Wasserschöpfgerechtigkeit.

Anders verhält es sich beim „iter et actus“. Hier sagt der Jurist mit Recht:

„Qui iter et actum habet, si statuto tempore tantum ierit, non perisse actum sed manere Sabinus Cassius Octavenus aiunt: nam ire quoque per se eum posse qui actum haberet.“ l. 2. D. quemadm. serv. (8, 6). (Vergl. zu dem Ausgeführten „Bossert“ a. a. O. S. 23.)

Viel behandelt ist die Frage endlich, wann man bei den negativen Servituten eine Ausübung annehmen könne.

In früherer Zeit betrachteten manche, wie auch „Glück“ (a. a. O. Bd. X. S. 213 und „Savigny“ (Recht des Besitzes § 46) schon das tatsächliche Bestehen des den Servituteninhalt bildenden Zustandes als „Ausübung“ dieser Servituten. Die Ungereimtheit dieser Ansicht ist handgreiflich; die Konsequenz wäre, daß jemand, „der sich einer freien Aussicht mit dem Entschlusse erfreute, sich keinerlei Verkümmerungen gefallen zu lassen, Besitzer einer Servitut an allen Grundstücken wäre, durch welche eine solche Verkümmerung möglicherweise drohte, und daß er diese Servituten mit der Zeit gar „ersitzen könnte“. (So „Hölder“, s. „Bossert“ a. a. O. S. 25.)

Trotz der offenbaren Ungereimtheit dieser Ansicht hat man sie unter Bezugnahme auf die l. 6 § 1 D. serv. vind. (8,5) verteidigt:

„Sciendum tamen in his servitutibus possessorem

esse eum iuris et petitorem. Et si forte non habeam aedificatum altius in meo, adversarius meus possessor est: nam cum nihil sit innovatum, ille possidet et aedificantem me prohibere potest et civili actione et interdicto quod vi ant clam . . . .“

Allein in dieser Stelle ist gerade vorausgesetzt, daß der durch das Interdikt „quod vi aut clam“ zu schützende „Rechtsbesitzer“ auch wirklicher Servitutberechtigter ist; dafür daß schon in dem bloßen Nichthöherbauen des Nachbars der Rechtsbesitz des andern Teils läge, spricht nichts in dieser Stelle. (Vergl. die Auslegung bei „Bossert“ a. a. O. S. 24). Vielmehr muß auch hier ein wirkliches „uti“ vorliegen; dieses kann nur darin bestehen, daß der tatsächliche Zustand eine Folge des Willens des Berechtigten ist, die Ausübung besteht darin, daß die Veränderung des betreffenden Zustandes verboten oder verhindert wird.

„Es muß zur Ausübung ein Kausalzusammenhang zwischen dem Bestehen des betreffenden Zustandes und dem Willen des Vertreters des herrschenden Grundstücks vorhanden sein.“ (So „Bossert“ a. a. O. S. 25; „Maret“ a. a. O. S. 17.)

Der Rechtsbesitz an den negativen Dienstbarkeiten wird demnach als erlangt gelten, wenn ein dem Inhalte der Servitut entsprechender Vertrag abgeschlossen, oder die Veränderung des gewünschten Zustandes wirksam verboten oder verhindert worden ist.

§ 5. Das „Corpus“ des Rechtsbesitzes.

Der tatsächliche Zustand, den der Rechtsbesitz voraussetzt, wird also gewonnen durch die geschilderten Ausübungshandlungen; Erfordernis der Servitutenersitzung ist aber, daß er auch die ganze Ersitzungszeit andauert; Verlust des „corpus“ des Quasibesitzes, Unterbrechung des Ausübungszustandes, bewirken Unterbrechung der Ersitzung.

Es wird daher erwogen werden müssen, was notwendig ist, damit man die Ausübung als eine dauernde betrachten kann, und wodurch das „corpus“ des Besitzes wieder verloren geht.

Was die Servituten angeht, deren Wesen darin besteht, daß man auf fremdem Boden, im fremden Luftraum eine Anlage hat, so ist klar, daß der Ausübungszustand nicht aufhört, wenn vorübergehend, vielleicht zum Zwecke der Reparatur, die Anlage weggeschafft wird; ja selbst, wenn die Anlage für immer entfernt wird, kann man doch die Ausübung als fortdauernd ansehen, wenn der Berechtigte, oder angeblich Berechtigte, irgend wie äußerlich zu erkennen gegeben hat, daß er das Recht nicht habe aufgeben wollen. (Vgl. „Maret“ a. a. O. S. 16).

Besteht der Inhalt der Servitut in wiederkehrenden Handlungen, z. B. im Gehen, Fahren, Viehtreiben, Holzlesen, Weiden und dergleichen, so wäre es verkehrt, hier eine Normalzahl von Fällen zu verlangen, bei deren Vorliegen der andauernde Rechtsbesitz als vorhanden, andernfalls als erloschen oder unterbrochen zu gelten hätte. Der Besitz, und so auch der Rechtsbesitz, läßt sich nicht in derartige starre Formeln zwängen. Rücksicht auf die gesunde Anschauung des Verkehrs und das Taktgefühl des verständigen Beurteilers machen diese oft lästigen Krücken entbehrlich. Es läßt sich allgemein nur sagen, die Handlungen müssen so oft vorgenommen sein, daß dieselben auf überzeugende Weise das Bild eines „diuturnus usus“, einer „longa consuetudo“, in dem Richter hervorrufen. Das war auch die Ansicht der Römer, wie „Busch“ in einer außerordentlich klaren und gefälligen Abhandlung nachweist. (Archiv f. d. ziv. Praxis XXXI, S. 241).

Sie allein wird auch den Bedürfnissen des Lebens gerecht. — Nichtsdestoweniger hat es nicht an Stimmen gefehlt, die das Erfordernis von Normalzahlen aus den Quellen nachzuweisen sich bemühten.

Die Ansichten von „Glück“, „Puchta“, „Mühlenbruch“, „Schweppe“, „Sintenis“, „Hohmann“ und „Unterholzner“ sind bei „Busch“ (a. a. O. S. 257) besprochen; ohne alle Rücksicht auf die Praxis und die bis zum Überdruß auf eine „longa consuetudo“, einen „diuturnus usus“, eine „longi temporis praerogativa“ dringenden Römer, hat man bald nur einmalige, bald dreimalige Ausübung der Servitut im Ganzen verlangt, bald einmalige Ausübung in jedem Jahr für notwendig erklärt, bald, z. B. bei den Wegegerechtigkeiten, dreißigmalige Ausübung im Jahre erfordert unter Berufung auf dunkle oder falsch verstandene Quellenstellen.

[Daß Jemand im letzten Jahre wenigstens an dreißig verschiedenen Tagen den Weg benutzt habe, ist, wie „Elvers“ (a. a. O. S. 556) und „Maret“ (a. a. O. S. 19) betonen, nur Voraussetzung für die Gewährung des Interdikts, nicht aber des Quasibesitzes; es geht nicht an, die Voraussetzung eines Rechtes auch als Voraussetzung eines tatsächlichen Zustandes zu betrachten.]

Zu begrüßen ist, daß die namhaftesten der neueren Schriftsteller sich der Meinung „Buschs“ angeschlossen haben, so auch die Praxis, was immer ein gutes Zeichen für die Richtigkeit und Brauchbarkeit einer Theorie ist; sagt doch z. B. ein Erkenntnis in „Seufferts Archiv“ (Bd. IX, S. 129):

„Die Ausübung der Servituthandlungen muß während der Verjährungszeit in solcher Weise erfolgt sein, daß daraus nach richterlichem Ermessen ein fortgesetzter Quasibesitz zu entnehmen ist.“

Unterbrechung des Quasibesitzes unterbricht die Ersitzung; eine Unterbrechung des Ausübungszustandes bei den nicht ständigen Servituten ist aber nur verhanden, wenn sie eine derartige ist, die sich als ein ursprünglich dauernd beabsichtigtes Aufgeben der Gerechtigkeit charakterisieren läßt.

Die Länge der Pause kann nicht allein entscheidend sein;

der Richter kann trotz langer Zwischenräume auf Grund anderweitiger Angaben über den Grund dieser Pausen doch die Überzeugung von der zu fordernden „longa consuetudo“ gewinnen; andererseits kann die kleinste Pause durch die begleitenden Umstände als wirkliche Unterbrechung und Aufgabe des Quasibesitzes erscheinen. Vermutet wird letzteres nie; daher weist „Busch“ (a. a. O. S. 267) mit Recht dem die Beweislast zu, der behauptet, daß eine Pause sich als Unterbrechung der Ersitzungszeit herausstelle.

Auch bei den negativen Dienstbarkeiten gibt es einen Besitzverlust durch Nichtausübung; er tritt ein dadurch, „daß der Servitutberechtigte den Vorteil, welchen ihm der betreffende Rechtsinhalt bietet, dauernd nicht genießt, insbesondere aber zeigt, daß er ihn nicht genießen will; „z. B., wenn der Besitzer einer „servitus ne luminibus“ oder „ne prospectui officiatur“ seine Fenster nach der betreffenden Seite hin zumauern läßt.“ (s. „Bossert“ a. a. O. S. 38).

Immer aufgehoben wird ferner das zuständliche Ausübungsverhältnis durch äußere Ereignisse, wodurch die Ausübung der Servitut dauernd wirksam verhindert oder unmöglich gemacht wird. Es muß dies durch ein Hindernis geschehen, welches seiner Art nach ein dauerndes ist; das „corpus“ der „quasi possessio“ bei der Wegegerechtigkeit endet z. B. nicht dadurch, daß vorübergehend der Zugang durch Überschwemmung abgesperrt ist; der Rechtsbesitz bei der „servitus aquaeductus“ nicht dadurch, daß im hohen Sommer vorübergehend die Quelle versiegt. (s. „Bossert“ a. a. O. S. 32).

Es müssen in dieser Beziehung ganz analoge Sätze aufgestellt werden, wie beim Sachbesitz, der ja auch dadurch nicht erlischt, daß Jemand vorübergehend nicht imstande ist die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben.

Bei den „servitutes habendi“ wird Besitzverlust anzunehmen sein, wenn die Anlage vernichtet und nicht innerhalb

angemessener Frist wieder hergestellt ist; bezüglich der negativen Servituten kann Besitzverlust nicht schon angenommen werden, wenn eine der Dienstbarkeit zuwiderlaufende Handlung geschieht, — diese würde sich nur als Besitzstörung darstellen —, wohl aber, wenn der Gegner des Servitutberechtigten den entgegengesetzten Zustand und zwar gegen den Widerspruch des Ersitzenden siegreich verteidigt. (s. „Bossert" a. a. O. S. 38).

Was endlich die in der Literatur mehrfach angeregte Frage betrifft, ob der Quasibesitz an der ganzen Dienstbarkeit erlischt, wenn der Dienstbarkeitsberechtigte nur teilweise in dem „uti" der Servitut beschränkt wird, (s. „Bossert" a. a. O. S. 33, „Elvers" a. a. O. S. 778/779) so können wir uns den scharfsinnigen Betrachtungen „Bosserts" anschließen. Danach muß beim „ususfructus" angenommen werden, daß, wenn der Besitzer an der Ausübung nur zu einer bestimmten Quote verhindert wird, der Besitz eben auch nur an dieser Quote erlischt; denn der „ususfructus" kann als teilbare Sache auch teilweise erworben werden und verloren gehen; dagegen ist bei den übrigen unteilbaren Servituten, sowohl den positiven als auch den negativen, im Anschlusse an „Bossert" festzustellen, daß eine teilweise Aufhebung des Ausübungsverhältnisses den Verlust des ganzen Quasibesitzes bedeutet. (So auch „Windscheid" a. a. O. §§ 207, 12. 209, 8).

§ 6. „Animus" beim Rechtsbesitz.

Der die Zeit der Ersitzung andauernde Ausübungszustand, das Tatsächliche des Rechtsbesitzes („corpus"), genügt nicht zur Annahme desselben; erforderlich zum Rechtsbesitze und damit zur Ersitzung ist vielmehr eine dem „animus" beim Sachbesitz entsprechende Willensrichtung, also ein „subjektives" Moment; da aber nur die „objektiven" Voraussetzungen des Servitutenerwerbes durch Ersitzung Gegenstand der vorliegenden

Abhandlung sein dürfen, so bedarf es, — da ein gänzliches Übergehen dieses Momentes augenscheinlich untunlich ist, nur einer kurzen Erörterung desselben.

„Servitute usus non videtur, nisi is qui suo iure uti se credidit: ideoque si quis pro via publica vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum nec actio utiliter competit.“ (l. 25 D. quemadm. serv. am. [8, 6]).

Man muß also, sagt das Gesetz, um den „usus“ (den Quasibesitz) der Dienstbarkeiten zu haben, die Dienstbarkeiten ausgeübt haben mit dem Willen, sie für sich als ein Recht auszuüben.

Dies Erfordernis ist nicht zu verwechseln mit der im Rahmen unserer Abhandlung nicht zu besprechenden „bona fides“.

Es kommt bei dem „pro iure uti“ nicht darauf an, ob der Ausübende wußte, daß ihm das Recht nicht zusteht, sondern dies Erfordernis ist auch vorhanden, wenn er sich das Recht bewußtermaßen anmaßt. Ebenso deutlich spricht die Notwendigkeit dieses Erfordnisses die oft zitierte: l. 7. D. de it. act. (43, 19) aus:

„Si per fundum tuum nec vi nec clam nec precario commeavit aliquis, non tamen tamquam id suo iure faceret, sed si prohiberetur, non facturus, inutile est ei interdictum de itinere actuque; nam ut hoc interdictum competat, ius fundi possedisse oportet.“

Auch dieses Gesetz spricht nicht von der „bona fides“, sondern will besagen, daß eine rein faktische Ausübung, eine solche, welche nicht in der Absicht ein Recht auszuüben vorgenommen wird, eine Ersitzung nicht begründet.

Das Erfordernis der „bona fides“ und das Erfordernis der Ausübung der Dienstbarkeiten als eines Rechtes sind ganz verschieden; denn die „bona fides“ wird präsumiert; „diese Präsumtion bewirkt nichts weiter, als daß die in der Absicht,

ein Recht auszuüben, unternommene Handlung nun so angesehen wird, als sei sie auch in der Überzeugung, dazu berechtigt zu sein, vorgenommen worden; die Annahme, daß mit einer Handlung die Absicht, ein Recht ausüben zu wollen, verbunden gewesen, ist daher etwas ganz anderes als das Bewußtsein von der Rechtmäßigkeit des „animus possidendi." („Busch" a. a. O. S. 247).

Diese Art der Willensrichtung ist von dem, der sich auf den Quasibesitz einer Servitut beruft, zu beweisen, und mit dem Beweise ist es bei der Erheblichkeit der dem Eigentume drohenden Gefährdung nicht leicht zu nehmen; aus der Häufigkeit der Ausübung der Handlungen allein den Schluß zu ziehen, sie seien in der Absicht, ein Recht auszuüben, vorgenommen worden, würde durchaus verkehrt sein.

(l. 1. § 6 D. de intinere: „Quamvis id frequenter fecit, non videri omnino usum esse.")

„Möchten die Verteidiger solcher Schlüsse doch nur in der Erntezeit auf das Feld gehen, oder da, wo schlechte Wege sind, zur Winterszeit von der Richtung der Düngerfuhren, und wie diese bei Frost über andere Grundstücke geführt werden, nähere Kenntnis nehmen; sie würden dann gewiß der Meinung werden, daß hundertfältig und Jahrzehnte hindurch über abgeerntete oder brachliegende Äcker gefahren wird, bloß weil man näher kommt und keinen Schaden anrichtet, jedoch weit entfernt von der Absicht, sich eine Servitut anzumaßen. Ja, es geschieht dieses oft in Gegenwart der Eigentümer der Grundstücke, die nicht widersprechen, weil sie es in ähnlichen Fällen ebenso halten, ohne an eine Servitut zu denken." („Busch" a. a. O. S. 245).

Der so geschilderte Rechtsbesitz muß während der Ersitzungszeit nicht nur ununterbrochen, sondern auch ungestört angedauert haben. Klageerhebung von seiten des Eigentümers unterbricht die Ersitzung; es ist hierauf aber nicht näher ein-

zugehen, weil der Grund für diese Unterbrechung nach „Dernburg“ (a. a. O. § 252 Schluß) und „Unterholzner“ (a. a. O. II S. 182) der ist, daß in der Klagerhebung ein Verbot liegt, welches die weitere Ausübung als gewalttätig erscheinen läßt.

Eine Darstellung der Unterbrechung der Ersitzung durch Klagerhebung würde in die Lehre von den subjektiven Voraussetzungen der Servitutenersitzung gehören.

Ebenso kann auf die Frage nach der Stellvertretung im Servitutenbesitz, die in diesem Zusammenhange zu erörtern wäre, sowie auf die Frage, ob nur der Eigentümer des herrschenden Grundstückes des zum Quasibesitz erforderlichen Willens fähig ist, im Rahmen unserer Abhandlung nicht eingegangen werden, da es sich hier um eine subjektive Voraussetzung des Rechtsbesitzes, mithin auch der Ersitzung handelt.

Ebensowenig kann auf die vom preußischen Obertribunal und vom Reichsgericht verschieden beantwortete Frage eingegangen werden, ob der Wille, eine fremde Sache als Eigentümer zu haben, den Willen sie als fremde nur in gewisser Weise zu benützen, ausschließt. —

§ 7. „Nec vi“, „nec clam“, „nec precario“.

Wir wenden uns vielmehr dem objektiven Erfordernisse zu, daß die Ausübung der Dienstbarkeiten „nec vi“ „nec clam“ „nec precario“ geschehen darf, um zur Ersitzung zu führen; die letzten zwei Erfordernisse enthalten neben der objektiven Seite subjektive Momente (vergl. „Hoffmann“ a. a. O. S. 144), warum sie nur kurz zu streifen sind. —

Die Ausübung der Dienstbarkeiten darf nicht „vi“ erfolgen. Die Quellen stellen dieses Erfordernis häufig auf. (cfr. l. 10 pr. D. si serv. vind. (8, 5.); l. 1 § ult. D. de aqu. pluv. arc. (39,3); l. 1 C. de serv. (3, 34.)

Was der Ausdruck „vi“ bedeutet, dafür können wir

aus den über die Servitutenersitzung handelnden Stellen nichts entnehmen. Es liegt aber kein Grund vor, mit diesem Worte einen andern Sinn zu verbinden, als den, welchen wir beim „interdictum quod vi aut clam“ bezüglich dieses Wortes in den zahlreichen Quellenbeispielen (l. 1. § 5 – 7 D. de vi 43, 24) erläuternd angegeben finden. „Gewalt“ ist nach diesen Quellenstellen nicht nur vorhanden, wenn die Ausübung mit tätlicher Beseitigung eines tatsächlichen Widerstandes stattfindet, sondern auch, wenn man trotz Protestes des Betroffenen von der Dienstbarkeit Gebrauch macht. Gewalt ist ferner vorhanden, wenn Jemand, wohl wissend, daß er daran gehindert werden würde, es gewaltsamer Weise dahin gebracht hat, daß er nicht gehindert werden konnte. —

Die Ausübung des Rechtsbesitzes darf ferner nicht „clam“ erfolgen; d. h. die Ausübung darf nicht hinter dem Rücken des Eigentümers erfolgen; als heimlich handelnd, sagt der römische Jurist Cassius, wird derjenige betrachtet, der sich vor seinem Gegner verborgen hielt und ihm keine Anzeige davon machte, vorausgesetzt, daß er von seiten desselben einen Widerspruch fürchtete. Auch wer nur fahrlässigerweise meint, es werde ihm kein Widerspruch zu teil werden, wird von den Quellen als „clam“ handelnd angesehen; (l. 4. D. quod vi aut clam [43, 24]).

Die Heimlichkeit fällt fort, wenn der Handelnde dem Betroffenen oder dessen Stellvertreter Anzeige gemacht hat; erforderlich aber ist dies nicht, wie denn auch die Quellen hervorheben, es sei im Grunde hinreichend, überhaupt nicht die Absicht zu haben, etwas verheimlichen zu wollen. (l. 5. § 3 D. quod vi ant clam [43, 24.]) (Vergl. „Maret“ a. a. O. S. 24.).

Aus dieser Stelle folgt, daß auch der römische Jurist die Clandestinität für ein negatives, subjektives Erfordernis hält, warum wir diese Erörterung schließen, indem wir noch

darauf hinweisen, daß mit der l. 2. C. de serv. (3, 34) nicht gesagt sein soll, daß stets Heimlichkeit anzunehmen wäre, wenn der Betroffene von der Beeinträchtigung tatsächlich nichts wußte. (Vergl. „Maret“ a. a. O. S. 24.). Es genügt dagegen, daß die Servitut so ausgeübt wurde, daß der Eigentümer Kenntnis erlangen konnte. —

Die Ausübung der Servitut darf endlich keinen Mißbrauch der Gefälligkeit des Eigentümers enthalten.

„Precario utitur“, wenn vergünstigungsweise auf willkürlichem Widerruf die Servitutenausübung gestattet worden ist. (l. 2, 3. D. de prec. 43, 26).

Auch dieses Erfordernis ist wesentlich subjektiver Art und ebenso wie die beiden vorhergehenden nahe verwandt mit dem Erfordernis der „bona fides“; der Streit ob das justinianische Recht „bona fides“ verlangt oder nicht, kommt im Wesentlichen auf die Frage hinaus, ob es möglich ist, daß Jemand „vi, clam oder precario utitur“ und doch „bona fide“ ist. „Elvers“ (a. a. O. S. 745/6) geht nicht soweit, wie Andere es getan haben, aber er hält praktisch den Unterschied nicht für bedeutsam. —

Seine Auffassung des „vi“ und „clam“ geht freilich gegenüber den Quellenstellen unseres Erachtens zu weit. („Elvers“ a. a. O. S. 745).

Bezüglich der viel erörterten Frage der Beweislast hinsichtlich der Besitzfehler trifft unseres Erachtens „Dernburg“ (a. a. O. § 252 Anm. 9) das Richtige. —

Eine Erörterung des Requisits der „bona fides“ ist im Rahmen unserer Abhandlung ausgeschlossen. —

§ 8. „Titulus“.

Auch bezüglich des nunmehr zu behandelnden Erfordernisses, des „titulus“, könnte man bezweifeln, ob es sich hier um eine objektive Voraussetzung handelt; genügt doch,

wenn man dies Erfordernis überhaupt anerkennt, wie bei der Eigentumsersitzung anerkanntermaßen ein Putativtitel, d. h. eine nicht gerade fahrlässige Meinung des Ersitzenden, es habe ein Grund vorgelegen, der den Erwerb als rechtmäßig erscheinen läßt. Allein dem gegenüber ist festzustellen, daß man jedenfalls erst, seitdem man die „bona fides“ zur Ersitzung verlangte, von den strengen Anforderungen, die man ursprünglich an den Titel machte, nachließ; römisches Recht war es nicht, daß man von dem objektiv greifbaren Momente des Titels bei der Eigentumsersitzung absah.

Außerdem aber muß ja auch der Putativtitel immer auf gewisse objektive Tatsachen gestützt sein. —

Ob aber bei der Servitutenersitzung — wenigstens für das gemeine Recht — ein „titulus“, d. h. ein Rechtsgeschäft vorausgesetzt wird, das an und für sich die „causa“ einer Servitutbestellung sein kann, ist äußerst bestritten. —

Den Grund, warum die frühere gemeinrechtliche Theorie denselben erforderte, erblickt „Dernburg“ (a. a. O. § 252.) darin, daß man von vornherein die Erfordernisse der Eigentumsersitzung zu generellen Voraussetzungen jeder erwerbenden Verjährung machte und sie dann natürlich auf die Servitutenersitzung anwendete; demgemäß habe man für die Servitutenersitzung einen Titel gefordert, wie für die Ersitzung des Eigentums. („Dernburg“ a. a. O. S. 624 § 252). Neuerdings ist man überwiegend davon abgekommen einen Titel zu verlangen. So sagt „Windscheid“ kurz und bündig: „Es ist kein Titel erforderlich“. („Windscheid“ a. a. O. § 213 Anm. 7). Auch „Vangerow“ betont, es komme nicht auf einen Titel an („Vangerow“ a. a. O. § 351 No. 2.) und polemisiert gegen die noch zu besprechende Ansicht „Bessels“.

Der gleichen Ansicht ist „Unterholzner“ (a. a. O. § 211) und „Elvers“ (a. a. O. S. 740 f. f.), sowie die übrigen bei „Maret“ (a. a. O. S. 27, 3) angegebenen Schriftsteller.

Dagegen halten außer den älteren bei „Glück“ (IX S. 140 No. 85) genannten, in neuerer Zeit „Muther“ und „Bessel“ einen „iustus titulus“ für nötig, indem sie sich gerade wie die älteren Schriftsteller auf die l. 2. C. de servitut. (3, 34) beziehen, wo der Kaiser Antonin sagt, daß Servituten „exemplo rerum immobilium“ durch Verjährung erworben würden, sowie auf die l. 12. C. de praesc. long. temp. (7, 33.) („bono initio possessionem tenentis“.) („Muther“ a. a. O. § 16 ff., „Bessel“ a. a. O. Archiv für ziv. Praxis XIII S. 380 ff.)

Daß aber diese Stellen nichts beweisen, hat unseres Erachtens „Maret“ (a. a. O. S. 26) so dargelegt, daß es überflüssig wäre, seine Gründe zu wiederholen, weshalb auf dieselben verwiesen wird. „Marets“ Vorgänger in dieser Ansicht ist „Schirmer“, („Unterholzner“ a. a. O. S. 151) welcher sagt, daß mit den Worten „exemplo rerum immobilium“ nur auf die Gleichheit der Ersitzungszeit hingewiesen werden soll, wie aus den Worten „ante id spatium“ hervorgehe. Dies verkennt „Unterholzner“, der meint, daß in der Stelle überhaupt nur von der prinzipiellen Möglichkeit einer erwerbenden Verjährung bei Servituten die Rede sei. —

Was die zweite Stelle angeht, so ist erstens ins Auge zu fassen, daß diese Konstitution grundsätzlich nur die Begriffe der Anwesenheit und Abwesenheit gesetzlich festlegen will, daß mithin — wie sich ohne weiteres beim Lesen dieser Stelle ergiebt — des „bonum initium“ nur ganz beiläufig Erwähnung getan ist; gewiß lag es nicht in der Absicht Justinians, daß man diese Worte auf die Dienstbarkeitsverjährung anwenden sollte, von der erst in den Schlußworten („eodem observando“ u. s. w.) die Rede ist.

Dagegen spricht l. 10 D. si serv. (8. 5) für das Gegenteil; sie wird denn auch von allen Schriftstellern zum Beweise dessen, daß kein „titulus“ nötig sei, zitiert:

„Si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se non vi, non clam, non precario possedisse."

Diese Stelle sollte man eigentlich für unwiderleglich halten, nichtsdestoweniger hat „Bessel" (a. a. O. § 13 ff.) den Versuch gemacht, sie in seinem Sinne zu deuten.

Wie auch „Vangerow" (a. a. O. § 351 Anm.) erwähnt, steht dieser Schriftsteller auf dem Standpunkte (a. a. O. S. 380 ff.) von einer Servitutenersitzung könne nur die Rede sein, wenn eine „quasi traditio" von seiten eines Nichteigentümers vorgekommen sei („titulus"), denn dem wahren Eigentümer gegenüber gäbe es nur eine unvordenkliche Verjährung.

Damit hängt es zusammen, wenn „Bessel" die Ansicht „Ulpians" so deutet, wer sich auf die Ersitzung berufe, der brauche keine Begründungsform „de iure civili" (Legat, Manzipation, „in iure cessio") nachzuweisen, wohl aber müsse er sonst für die „praescriptio longi temporis" einen „iustus titulus" haben. (Vergl. „Elvers" a. a. O. S. 741).

Dieser Auffassung steht aber die Tendenz der Stelle entgegen, die offenbar alle wesentlichen Requisite der Servitutenersitzung aufzählen will, wogegen freilich „Bessel" wieder einwendet, es sei dies trotz der Worte „non ei est necesse docere, sed ut ostendat" nicht die Absicht des Juristen, da dieser sonst auch das Requisits der „res habilis" hätte Erwähnung tun müssen.

Es ist aber schon erwähnt worden, daß wahrscheinlich das Erfordernis der „res habilis" nicht sowohl den Quellen, als vielmehr der berechtigten Praxis des gemeinen Rechts zu danken ist.

(Vergl. zu dem Ausgeführten „Elvers" (a. a. O. S. 740), „Unterholzner" (a. a. O. S. 172 Fußnote).

Außerdem läßt sich gegen „Bessel“ mit „Hoffmann“ (a. a. O. II S. 165) einwenden, daß die genannte Stelle es überhaupt wohl nur mit den subjektiven Voraussetzungen des Besitzes zu tun habe. —

Wir erachten daher durch die angeführte Stelle für erwiesen, daß das römische Recht das Erfordernis eines „iustus titulus“ für die Servitutenersitzung nicht aufstellte; für die Praxis ist die Frage schon seit langem durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts in diesem Sinne entschieden worden. (R. G. IV S. 137). —

§ 9. „Tempus“.

Der Rechtsbesitz mußte zur Ersitzung der Dienstbarkeiten ununterbrochen während einer bestimmten Zeit bestanden haben; und zwar ist diese Zeit eine Frist von zehn bezw. zwanzig Jahren.

Hierfür hat man sich von jeher auf die l. 12 § 4 C. de praesc. long. temp. (7, 33) berufen, wo es heißt, nachdem Justinian — wie immer in schwulstiger und weitläufiger Weise — die Begriffe der „praesentia“ und „absentia“ fixiert hat:

„Observando et si res non soli sint, sed incorporales quae in iure consistunt, veluti ususfructus et ceterae servitutes“.

Ferner auf die l. 2 C. de serv. (3, 34), wo in den Worten „id spatium“ auf eine derartige Zeit hingewiesen wird. —

Trotz der Klarheit dieser Stellen und dem augenscheinlichen Bedürfnis einer bestimmten Zeitgrenze, wodurch allein Rechtssicherheit geschaffen und Prozesse abgeschnitten werden können, haben sich — allerdings völlig unbeachtet gebliebene — Stimmen erhoben, welche die Voraussetzung einer be-

stimmten Zeitdauer für die Ersitzung der Servitut verneint haben und die Dauer der Zeit vollständig dem Ermessen des Richters überlassen wollten, weil die Quellen in dieser Hinsicht schwiegen.

Diese Ansicht ist zuerst von „Eberhard Otto“ aufgestellt und hat dann an „Zimmern“ (a. a. O. S. 103) einen warmen Verteidiger gefunden. Obige von uns für beweiskräftig gehaltene Stelle sucht „Zimmern“ dadurch zu entkräften, daß er („Zimmern“ a. a. O. S. 112) ausführt, es bezöge sich diese Stelle nur auf das Erlöschen der Ersitzung durch „non usus“, die der Kaiser regeln wolle.

Die nähere Begründung dieser Ansicht erscheint bei „Zimmern“ verworren; doch ist die Ansicht jedenfalls ganz unwahrscheinlich, wenn man bedenkt, daß die Anfangsworte der „Constitutio“ von der erwerbenden Verjährung handeln. (l. 12 § 4 C. [7, 33]).

Darin ist freilich „Zimmern“ beizustimmen, daß es nicht die Erwerbung eines Rechtes durch Zeitablauf ist, was der Kaiser zu normieren beabsichtigt, sondern was man sich bei dem „longum tempus“ von zehn bezw. zwanzig Jahren denken müsse, da, wo das Recht solchen Fristen Bedeutung zukommen läßt; aber die weitere Behauptung von „Zimmern“, es habe bis dahin das römische Recht eine bestimmte Frist nicht gekannt, dieselbe sei erst durch die Konstitution Justinians geschaffen worden, ist unrichtig. (Vergl. „Glück“ a. a. O. X S. 126/127).

Positiv führt „Zimmern“ für die Begründung seiner Meinung an, daß der justinianische „terminus technicus“ für die Ersitzung mit bestimmter Frist, wie bei der Eigentumsersitzung, nämlich „longi temporis praescriptio“, von den Quellen sorgfältig da vermieden werde, wo von der Servitutenersitzung die Rede sei; dort sei vielmehr der Ausdruck „diuturnus usus“, „longa quasi possessio“, „longi temporis

consuetudo" die ständige Bezeichnung. Daß aber „longum tempus", „longa consuetudo", „diuturnus usus" keine bestimmte Frist bezeichneten, ginge aus Stellen hervor, in denen diese Ausdrücke zweifelsohne keine bestimmte oder doch nicht die zehn- oder zwanzigjährige Zeit bezeichneten. (Vergl. die S. 109 Anm. 29 von „Zimmern" a. a. O. angeführten Stellen).

Dieses Argument „Zimmerns" beweist garnichts, weil diesen Stellen andere entgegenstehen, in denen trotz der angeblichen Unbestimmtheit des „longum tempus", „longa possessio" unzweifelhaft von der Eigentumsersitzung, also einem bestimmten Zeitraume und zwar von zehn beziehungsweise zwanzig Jahren die Rede ist. Bei der Erwähnung von „longum tempus" in Bezug auf die Servitutenerwerbung muß um so mehr an bestimmte Zeiten gedacht werden, da „Paulus" in seinen „Sentenzen" sagt: („Paulus" Sentenzen" S. R. 5 A § 8) „Res olim iudicata post longum silentium in iudicium deduci non potest — und alsdann hinzufügt: „longum autem tempus exemplo longae praescriptionis decennii inter praesentes et inter absentes vicennii computatur." —

Mit Recht bemerkt „Unterholzner" (a. a. O. S. 147), daß daraus hervorzugehen scheine, daß man allenthalben, wo das „longum tempus" als eigentliche Verjährungszeit vorkam, einen Zeitraum von zehn bezw. zwanzig Jahren erforderte.

Andererseits sagt „Zimmern", gibt es Stellen, aus denen hervorgeht, daß bei der Servitutenersitzung an keine feste Zeitbestimmung gedacht wurde. Eine solche Stelle sei die l. 10 D. si serv. vind. (8, 5).

Allein schon „Vangerow" hebt hervor, daß die Worte „per annos forte tot" nicht auf etwas absolut Unbestimmtes gehen, sondern nur dazu dienen, um kurz anzudeuten, was

genau nicht angegeben zu werden braucht, weil es nicht darauf ankommt; ungefähr wie unser „in so und so viel Jahren". („Vangerow" a. a. O. § 351. 1.) —

Diese Auslegung liegt um so näher, als wahrscheinlich, wie auch „Unterholzner" (a. a. O. S. 147) annimmt, die Verjährungszeit für die Dienstbarkeiten vor der Kodifikation Justinians für die einzelnen Provinzen verschieden gewesen ist.

Am meisten aber stützt sich „Zimmern" auf die verfängliche, viel umstrittene, schon erwähnte l. 10 § 1 D. de usurp. (41, 3):

„Hoc iure utimur, ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint."

Unseres Erachtens ist der angeführte Grund recht schwach. „Zimmern" (a. a. O. S. 111) führt zunächst aus, Ulpian habe ursprünglich das Wort „usucapi" gebraucht und wolle bemerken, daß eine Servitut wohl als „accessorium" eines Grundstücks mit diesem, aber nicht an sich usukapiert werden könne und zwar nirgends, d. h. auch nicht in Italien, und fährt dann fort:

„Nun bezeugen die Kompilatoren dasselbe für das, was ihnen „longi temporis capio" heißt, d. h. für die zehn- oder zwanzigjährige Ersitzung der Rechte. Wäre aber diese nicht verschieden von der dem Ermessen des Richters anheimgestellten Erwerbung, wie sollte diese Stelle, denke man sie interpoliert oder nicht, zu entfernen sein?" Dieser Widerspruch ist unseres Erachtens garnicht vorhanden. Die Kompilatoren wollen eben nur sagen, daß eine zivilrechtliche Usukapion der Servitut, wie sie durch die „lex Scribonia" abgeschafft ist, ausgeschlossen ist, daß dagegen die Usukapion eines Grundstücks möglich ist, mit dem, als herrschendem Grundstücke, Servituten verbunden sind. Dabei haben die Kompilatoren unaufmerksamerweise statt „non capi", wie gewohnt, „longo tempore capi" geschrieben, wie bereits oben erwähnt. (Vgl. „Dernburg" a. a. O. § 252, 4).

Daß die Ansicht „Zimmerns“ in die Praxis Eingang finden konnte, war von vornherein ausgeschlossen, da in der Anwendung die Unmöglichkeit, ohne bestimmte Zeiträume auszukommen, sofort zu Tage getreten wäre.

In dieser Hinsicht sind die Worte „Thibauts“ Wort für Wort zu unterschreiben: „Gäbe man dem Richter wenigstens irgend ein leitendes Prinzip an die Hand, z. B., wenn man sagte, ein kleiner nach Umständen unschädlicher Verzug solle nicht angerechnet werden, so hätte das Verweisen auf richterliches Ermessen seinen guten Sinn. Sinnlos jedoch wird die richterliche Willkür, wenn sie ganz und gar keine Entscheidungsnorm zum Grunde legen kann. Und so wird sie doch durch jene neue Theorie gestellt.“ (So „Thibaut“ Besitz und Verjährung 1802 II § 12 — Zitiert bei „Maret“ a. a. O. S. 28).

Aber auch in der Theorie hat diese Meinung nur ganz verschwindend Anklang gefunden; man ist allgemein einig darüber, daß die bestimmte Zeit der:

l. 12 C. de praesc. long. temp. (7, 33) entsprechend der zitierten Stelle des Paulus „inter praesentes“ zehn Jahre, „inter absentes“ zwanzig Jahre betrage. Die Begriffe der „praesentia“ und „absentia“ sind von Justinian unter weitläufiger Begründung in der zitierten Stelle dahin fixiert, daß „praesentia“ anzunehmen ist, wenn der Ersitzende und der durch die Ersitzung Bedrohte in derselben Provinz wohnen, „absentia“ dagegen, wenn sie in verschiedenen Provinzen wohnen.

Die neuere Theorie und Praxis hat an Stelle der Provinzen die Oberlandesgerichtsbezirke gesetzt „ein einzelnes Jahr auswärtigen Wohnens ist den zehn Jahren zuzurechnen, je zwei Jahre gelten gleich einem Jahre der Abwesenheit; auswärtiger Wohnsitz, der kürzer ist als ein Jahr, wird nicht beachtet.“ („Dernburg“ a. a. O. § 221, 1. Abweichend „Windscheid“ a. a. O. § 180 Anm. 3).

Es ist die Frage aufgeworfen worden, ob derjenige, an dessen Grundstück eine Servitut ersessen wird, als in demselben Oberlandesgerichtsbezirk wohnend wie der Ersitzende betrachtet wird, wenn er zwar außerhalb desselben wohnt, aber innerhalb desselben durch einen Dritten vertreten wird. Diese Frage ist von der Praxis verneint worden („Seufferts" Archiv IX 9 X 137), unseres Erachtens zweckmäßigerweise, obwohl die Entscheidung mangels gesetzlicher Bestimmung mehr oder weniger Geschmackssache ist. (Vgl. „Bergenthal" a. a. O. S. 21/22.)

Besonders festzustellen, daß dieses auch gilt, wenn das Grundstück in der Hand eines Superfiziars oder Emphyteutas ist, ist nicht erforderlich, da in erster Hinsicht immer der Eigentümer und nicht der dinglich Berechtigte der durch die Ersitzung Betroffene ist.

Außer der regelmäßigen Ersitzungsfrist von zehn bezw. zwanzig Jahren hat die Praxis von jeher eine solche von dreißig bezw. vierzig Jahren angenommen, nämlich für solche Sachen, für die man auch nur eine außerordentliche Eigentumsersitzung zuließ; insbesondere auch für diejenigen Sachen, die als „res inhabiles" der ordentlichen Ersitzung entzogen sind (s. § 3).

Die Quellen erwähnen diese Ersitzung nicht ausdrücklich, die herrschende Lehre hält aber die Analogie der l. 8 C. de praesc. XXX. annor. (7, 39) für zwingend. (So „Unterholzner" a. a. O. § 204, „Muther" a. a. O. §§ 11, 12, „Elvers" a. a. O. S. 749).

Dagegen „Vangerow" (a. a. O.) und im Prinzip auch „Dernburg" (a. a. O. § 252, 13).

Außer dem Vorhandensein der Gründe, die auch für die außerordentliche Eigentumsersitzung gelten, kann man für diese Ansicht nur anführen, daß sonst eine Lücke im Recht bestände, welche mit dem sonst überall eingehaltenen System der Verjährung aufs stärkste kontrastierte. Insbesondere ist der Grund,

den „Unterholzner“ (a. a. O. § 204), „Maret“ (a. a. O. S. 29) anführen, unseres Erachtens nicht zwingend; letztere zitieren die l. 3 C. de praesc. XXX. annor. (3, 39,) welche von der Extinktivverjährung aller Klagen handeln: „ist aber die dem in Anspruch genommenen Rechte entgegenstehende Klage verjährt, so muß andererseits der Erwerb dieses Rechtes angenommen werden.“

So „Maret“ (a. a. O. S. 30), welcher nicht bedenkt, daß das dingliche Recht doch noch immer existieren kann, wenn ihm auch die Klagbarkeit gegen den Ersitzenden entzogen ist.

Wo besondere gesetzliche Gründe die dreißigjährige Verjährung ausschließen, nimmt man eine vierzigjährige an, z. B. an Immobilien, die im Privateigentum des Landesherrn oder des Fiskus stehen; da, wo von den rechtlichen Vorteilen der römischen Kirche die Rede ist, tritt sogar eine hundertjährige Frist an Stelle der dreißigjährigen. Wann beginnt die Frist zu laufen und wann endet sie? Es richtet sich dies einfach nach den allgemeinen Grundsätzen bezüglich der Zivilkomputation; der erste Tag ist derjenige, an dem die Ausübungshandlung zuerst vorgenommen wird; der letzte Tag braucht wie „Dernburg“ (a. a. O. § 89) unter Bezugnahme auf Quellenstellen ausführt, und womit fast alle Schriftsteller übereinstimmen, nicht vollendet zu sein; es genügt sein Anfang, da es sich um einen Rechtserwerb handelt: Dies coeptus pro completo habetur.

II. Bürgerliches Recht.

§ 10. Ersitzung des Nießbrauchs an beweglichen Sachen.

Nach der Betrachtung des gemeinen Rechtes stellen wir nunmehr die Frage: „Welches sind die objektiven Voraussetzungen des Erwerbs einer Dienstbarkeit nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche?“

Vor der Beantwortung dieser Frage ist zunächst festzustellen, daß dem Bürgerlichen Gesetzbuche der Ausdruck „Dienstbarkeit“ als Kollektivbezeichnung bekannt ist.

Es rechnet in seinem 5. Abschnitt des III. Buches unter „Dienstbarkeiten“ den „Nießbrauch“, die „Grunddienstbarkeiten“ und die „beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten“ und widmet jedem dieser Rechte einen besonderen Abschnitt.

Allgemeine Regeln aufzustellen, die für die genannten Rechtsinstitute des Bürgerlichen Gesetzbuches gemeinschaftlich zutreffen, ist indessen praktisch von sehr geringer Bedeutung, denn wie „Planck“ (a. a. O. III 5 Abschn. 1) richtig hervorhebt, haben nur wenige der für die einzelnen Kategorien gegebenen Vorschriften sachlich denselben Inhalt.

Insbesondere kann auch eine allgemeine Norm für die Ersitzung der genannten Dienstbarkeiten nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche nicht aufgestellt werden, vielmehr muß hier der im Sachenrechte des Bürgerlichen Gesetzbuches grundlegende Unterschied zwischen beweglichen Sachen und Grundstücken auch für die wissenschaftliche Erörterung maßgebend sein, da das Bürgerliche Gesetzbuch den Nießbrauch an beweglichen Sachen kennt, während die Grunddienstbarkeiten und die beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten natürlich nur an Grundstücken möglich sind, und ihre Ersitzung, so wie die eines Nießbrauchs an einem Grundstücke, sich nach den allgemeinen Grundsätzen über den Erwerb von Rechten an Grundstücken richtet.

Wenden wir uns zunächst der Ersitzung des Nießbrauchs zu. Dabei ist zu beachten, daß als Objekt der Nießbrauchsersitzung nur eine bewegliche Sache in Betracht kommt, die Ersitzung des Nießbrauchs an einer Forderung oder einem Patentrechte ist dem Bürgerlichen Gesetzbuche fremd.

Der Begriff des Nießbrauchs ist im Bürgerlichen Gesetzbuche derselbe geblieben, wie im gemeinen Recht; nach § 1033 kann dieses Recht bei beweglichen Sachen auch durch Ersitzung

erworben werden. Zu beachten ist, daß auch ein ideeller Teil einer Sache als Objekt der Nießbrauchsersitzung theoretisch in Betracht kommt. Besonders oft praktisch wird bei der Seltenheit eines Nießbrauchs an beweglichen Sachen diese Bestimmung nicht werden; außerdem kommen nur solche Fälle in Betracht, bei denen der Erwerb im guten Glauben durch Bestellung seitens des Nichteigentümers dadurch ausgeschlossen ist, daß die Sache dem Eigentümer verloren, gestohlen oder sonst abhanden gekommen ist, oder in denen der Besteller des Nießbrauchs wegen beschränkter Verfügungsmacht oder ungehöriger Vertretung das Recht nicht begründen konnte. Immerhin glaubte die zweite Kommission die Zulassung der Ersitzung mit Rücksicht auf die Fälle empfehlen zu sollen. Was die Voraussetzungen der Ersitzung angeht, so schreibt § 1033 die entsprechende Anwendung der Vorschriften über den Erwerb des Eigentums durch Ersitzung vor; die §§ 943/944 können indes keine entsprechende Anwendung finden, weil der Nießbrauch weder übertragbar, noch vererblich ist. Im übrigen setzt die Ersitzung des Nießbrauchs demnach zunächst voraus, daß der Erwerber die zu ersitzende Sache, obschon sie ihm nicht gehört, in seinem unmittelbaren oder mittelbaren Besitze gehabt hat, und zwar nicht als Eigenbesitzer, sondern als „Fremdbesitzer" („Cosack" a. a. O.), d. h. zum Zwecke der Ausübung des Nießbrauchs. („Crome" a. a. O. ad § 436_2.)

Daß der Erwerbende auch wirklich die Nutzungen gezogen, oder die Sache benutzt hat, ist prinzipiell nicht erforderlich. Es genügt auch, wie erwähnt, der mittelbare Besitz, welcher vorhanden ist, wenn z. B. der Ersitzende die Sache zum Zwecke der Ausübung des Nießbrauchs einem Andern übergeben hat. Und zwar muß, wie bei der Eigentumsersitzung, dieser Nießbrauchsbesitz die volle Ersitzungszeit hindurch angedauert haben. Doch wird — „Crome" ad § 436,2 — die Ersitzung nicht dadurch gehindert, daß Kennt-

nis von einem anderen an der Sache bestehenden Nießbrauch vorliegt. Eine solche Kenntnis bewirkt nur, daß dem Ersitzenden das ihm bekannte Recht vorgeht. Die Ersitzungszeit darf nicht unterbrochen sein; dies geschieht zunächst durch Verlust des Besitzes.

Zweifelhaft kann sein, ob der Nießbrauchsbesitz dadurch aufhört, daß der sich für den Nießbraucher Haltende den Entschluß faßt und äußert, dem Eigentümer die Sache zu entziehen und sie fortan als Eigenbesitzer zu haben.

Die Frage ist in der Litteratur nirgends beantwortet worden, wir stehen aber nicht an sie zu verneinen, da in der Ausübung der Eigentumsrechte die Ausübung der dem Nießbrauch zustehenden Rechte enthalten ist. Im übrigen sind die allgemeinen Vorschriften über den Verlust des Besitzes maßgebend; zu beachten ist, daß keine Unterbrechung stattfindet, wenn die tatsächliche Gewalt durch eine ihrer Art nach vorübergehende Störung zeitweilig aufgehoben wird. (§ 856.)

Zu statten kommt dem Ersitzenden die Vorschrift des § 938, wonach der Ersitzende nur zu beweisen braucht, daß er am Anfang und Ende der Ersitzungsfrist den Nießbrauchsbesitz gehabt hat; Sache des Gegners ist es alsdann, eine Unterbrechung dadurch zu beweisen, daß der Nießbrauchsprätendent den Besitz innerhalb dieses Zeitraums verloren hat, und somit gemäß § 940 die Ersitzung unterbrochen war. Doch gilt hier die Ausnahme des § 940,2; hat der Nießbrauchsbesitzer den Besitz ohne seinen Willen verloren und ihn binnen Jahreszeit oder mittels einer innerhalb dieser Frist erhobenen Klage wiedererlangt, so gilt die Unterbrechung als nicht erfolgt. Ohne seinen Willen hat der Nießbraucher den Besitz jedenfalls dann verloren, wenn ihm die Sache gestohlen oder abhanden gekommen ist; auch der von einem Geisteskranken aufgegebene Besitz ist „ohne Willen“ ver-

loren; dasselbe gilt, wenn die Sache im Wege der Pfändung weggenommen ist; zweifelhaft kann sein, ob der Nießbraucher ohne seinen Willen den Besitz verloren hat, wenn er nur mittelbarer Besitzer ist, und der unmittelbare Besitzer den Besitz aufgibt.

Wir bejahen diese Frage; als eine „abhanden gekommene" Sache kann eine solche Sache im Sinne des § 935 natürlich nur dann gelten, wenn der unmittelbare Besitzer sie unfreiwillig aus dem Besitze verloren hat; im Falle der freiwilligen Besitzübertragung liegt dagegen ja gerade ein Hauptfall des Grundsatzes „Hand wahre Hand" vor, der bei abhanden gekommenen Sachen ausgeschlossen ist. Man kann also nicht sagen, daß eine vom unmittelbaren Besitzer einem Dritten übergebene Sache dem mittelbaren Besitzer abhanden gekommen sei; aber ist es nicht richtig, daß er ohne seinen Willen den (mittelbaren) Besitz verloren hat? —

„Mittels" der Klage ist der Besitz wiedererlangt, wenn ein Kausalzusammenhang existiert zwischen der Klage und der Wiedereinräumung des Besitzes; freiwillige Rückgabe infolge der Klage genügt somit.

Die Beweislast für diese, die Unterbrechung aufhebende Tatsache, trifft den Ersitzenden.

Der Nießbrauchsbesitz muß zehn Jahre in der geschilderten Weise bestanden haben.

Dies Erfordernis der Zeit muß um so genauer betrachtet werden, als der für die Tabularersitzung der Grundstücke maßgebende § 900 hinsichtlich der dreißigjährigen Besitzungszeit bestimmt, daß diese Frist in derselben Weise berechnet wird, wie die Frist für die Ersitzung einer beweglichen Sache, und wir demgemäß bei Besprechung der Tabularersitzung der Servituten auf die folgenden Ausführungen verweisen müssen.

Bei Berechnung der zehnjährigen Frist ist gemäß § 187,1

der Tag, an dem der Nießbraucher den Nießbrauchsbesitz erhalten hat, nicht mitgerechnet; dieselbe endet gemäß § 188,2 mit dem Ablauf desjenigen Tages des letzten Monats, der durch seine Zahl dem Tage entspricht, an dem der Nießbrauchsbesitz erlangt wurde. Freilich kann zweifelhaft sein, ob der § 193 Anwendung findet; allerdings handelt es sich für den Ersitzenden nicht um die Abgabe einer Willenserklärung, noch um die Bewirkung einer Leistung, aber das gute Recht des Eigentümers ist es, noch am letzten Tage durch gerichtliche Geltendmachung seines Anspruchs die Ersitzung zu unterbrechen.

Aus diesem Grunde glauben wir die Frage bejahen zu müssen; praktisch wird auch durch § 188,1 der Zivilprozeßordnung geholfen werden können.

Die Ersitzungsfrist beginnt nicht immer sofort zu laufen, wenn der Nießbrauchsbesitz eingetreten ist. § 939 bestimmt, daß die Ersitzung nicht beginnt und die begonnene Ersitzung nicht fortgesetzt werden kann, solange die Verjährung des Eigentumsanspruchs gehemmt ist. Die Verjährung des Eigentumsanspruchs ist aber gehemmt, wenn der Eigentümer durch höhere Gewalt, insbesondere durch Stillstand der Rechtspflege, an der Rechtsverfolgung gehindert ist.

Abgesehen von diesen Fällen nimmt das Gesetz keine Rücksicht darauf, ob die Rechtsverfolgung dem Eigentümer zuzumuten, oder ob sie ihm sogar unmöglich ist, weil er z. B. schwer krank ist, den Verbleib der Sache nicht kennt, oder garnicht weiß, daß er nicht mehr im Besitze der Sache ist.

Und auch die genannten Hinderungsgründe sollen nur gelten, wenn sie innerhalb der letzten sechs Monate nach der Ersitzungszeit eintreten. (§ 203.) Dagegen soll das Bestehen eines familienrechtlichen Verhältnisses zwischen dem Eigentümer und dem Ersitzenden, nämlich der Ehe, des Eltern- und Kindesverhältnisses, die Ersitzung dauernd

hemmen; das Kindschaftsverhältnis jedoch nur, solange das Kind minderjährig ist.

Gehemmt ist die Ersitzungszeit ferner nach § 202 und § 939, wenn verzögerliche Einreden gewisser Art dem Eigentumsanspruche entgegenstehen. Diese Bestimmung kommt bei der Ersitzung und der Nießbrauchsersitzung indessen nicht in Betracht, was bewegliche Sachen angeht, da „Planck" (a. a. O. zu §§ 939, 202) richtig bemerkt, daß ein Besitzer, der nur vorübergehend zur Verweigerung der Herausgabe der Sache berechtigt ist, nicht im guten Glauben sein kann, bei ihm also mangels eines subjektiven Erfordernisses die Ersitzung ausgeschlossen ist.

Ausnahmsweise kann die Frist für die Ersitzung sich auch über den Ablauf von zehn Jahren hinaus erstrecken; dieselben Umstände, die der Vollendung der Verjährung entgegenstehen, stehen auch der Vollendung der Ersitzung entgegen.

Ist nämlich der durch die Ersitzung Bedrohte bei Ablauf der zehn Jahre geschäftsunfähig, oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt und ohne gesetzliche Vertretung, so wird die Ersitzung nicht vor dem Ablauf von sechs Monaten nach dem Eintritt der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit oder dem Aufhören der Vertretungsmacht beendet. (§§ 206, 939.)

Dagegen kann sich die Ersitzung vollenden, die gegen vertretene geschäftsunfähige Eigentümer läuft.

Dasselbe gilt, wenn ein körperlich Gebrechlicher (§ 1910) oder Abwesender (§ 1911) der durch die Ersitzung Bedrohte ist, ohne Rücksicht darauf, ob sie einen Pfleger haben oder nicht. Ebenso steht der Tod des Eigentümers der Nießbrauchsersitzung derartig entgegen, daß die Ersitzung nicht vor dem Ablauf von sechs Monaten nach der Annahme der Erbschaft, der Eröffnung des Nachlaßkonkurses oder dem Eintritte einer Nachlaßpflegschaft vollendet wird. (§§ 207, 939.)

Der Tod des Nießbrauchers kommt hinsichtlich dieser

Vorschrift nicht in Betracht, da der Nießbrauch durch den Tod des Berechtigten erlischt.

Die Wirkung der Hemmung der Ersitzung ist, daß die Zeit, während welcher der Hemmungsgrund besteht, in die Ersitzungszeit nicht eingerechnet wird.

Wie die Verjährung, so kann ferner die Ersitzung unterbrochen werden.

Die Unterbrechung der zehnjährigen Ersitzungszeit erfolgt dadurch, daß der Eigentumsanspruch gegen den Eigenbesitzer oder der Anspruch eines wirklichen Nießbrauchers gegen den Nießbrauchsbesitzer, oder im Falle eines mittelbaren Nießbrauchsbesitzers gegen den Besitzer gerichtlich geltend gemacht wird, der sein Recht zum Besitze von dem Nießbrauchsbesitzer ableitet (§ 941), „und zwar müssen die Worte „oder im Falle des mittelbaren Nießbrauchsbesitzes gegen den unmittelbaren Besitzer" dahin verstanden werden, daß im Falle des mittelbaren Nießbrauchsbesitzes neben der Geltendmachung des Eigentumsanspruchs gegen den Nießbrauchsbesitzer auch der Geltendmachung des Anspruchs gegen den vermittelnden Besitzer unterbrechende Wirkung zukommt. Dies ergibt sich daraus, daß die zweite Kommission im Zusammenhange mit dem Beschlusse, den Eigentumsanspruch auch dem mittelbaren Besitzer gegenüber zuzulassen, einen Antrag, der in dem jetzigen § 941 hinter den Worten „im Falle eines mittelbaren Eigenbesitzes" die Worte „gegen den Eigenbesitzer oder" einschalten wollte, als nur die Fassung betreffend, der Redaktionskommission überwies, welche diese Verdeutlichung aber für entbehrlich erachtete." (S. „Planck" a. a. O. zu § 941.")

Abweichend „Lessing" (a. a. O. S. 612.) Wie die gerichtliche Geltendmachung erfolgen kann, ist bei „Planck" (a. a. O. zu § 941) näher dargelegt, es mag daher, um nicht lediglich das von „Planck" Gesagte zu wiederholen, darauf verwiesen werden.

Die Vorschriften der Paragraphen 210--212, 219 hinsichtlich der Dauer der Unterbrechung durch Klageerhebung in den Fällen des Prozeßstillstandes, der Klagzurücknahme und der Abweisung ohne Sachurteil, finden auch Anwendung bei der Nießbrauchsersitzung.

Ferner gilt auch der Satz, daß die Unterbrechung durch gerichtliche Geltendmachung des Eigentumsanspruches nur zu Gunsten desjenigen gilt, der sie herbeigeführt. (§ 941.)

Wenn sich also später der Eigentümer herausstellt, so kann er sich dem Ersitzenden gegenüber nicht darauf berufen, daß ein anderer, der sich für den Eigentümer hielt, dem Nießbraucher gegenüber sein angebliches Recht gerichtlich geltend gemacht hat, wohl aber kann der Rechtsnachfolger sich auf die Klage seines Rechtsvorgängers berufen.

Die Unterbrechung durch gerichtliche Geltendmachung, die juristische Unterbrechung der Ersitzung, („Crome" ad § 405 S. 351) unterscheidet sich also von der Unterbrechung durch Besitzverlust dadurch, daß letztere absolut, erstere nur relativ zu Gunsten des Rechtsverfolgenden wirkt. Hatte dieser also an der Sache kein Recht, so kann sich inzwischen die Ersitzung gegen den wahren Eigentümer vollenden, da sie garnicht unterbrochen ist. („Crome" a. a. O. S. 352.)

Was die Wirkung der Unterbrechung angeht, so kommt die bis zur Unterbrechung verstrichene Zeit gemäß § 942 nicht in Betracht, d. h. die Ersitzung muß nach der Unterbrechung von neuem beginnen.

Erwähnung verdient endlich noch die auch bei der Eigentumsersitzung zugelassene „accessio temporis". Daß ein Nießbrauchsberechtigter sich die Besitzzeit eines früheren Nießbrauchers anrechnen könnte, ist ausgeschlossen, da der Nießbrauch unübertragbar ist; doch kann („Crome" a. a. O. S. 527) der Ersitzende sich den Besitz desjenigen anrechnen, der für ihn die Nutzung ausgeübt hatte. Es fragt sich aber, ob er

sich nicht die Zeit eines ihm vorangehenden Eigentumsersitzers anrechnen kann, der ihm etwa den Nießbrauch später bestellt hat.

Unseres Erachtens ist diese Frage zu bejahen.

Die Wirkungen der Ersitzung des Nießbrauchs, insbesondere den Rechten Dritter gegenüber, zu erörtern (§ 945), ist hier nicht der Platz.

§ 11. Grundbuchersitzung.

Wenden wir uns nunmehr der Ersitzung der Servituten an Grundstücken zu.

Im allgemeinen kann nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche das Recht an einem Grundstücke nur erworben werden durch Eintragung ins Grundbuch und die Einigung des Eigentümers und des Erwerbers über den Eintritt der Rechtsübertragung (§ 873.) Die Eintragung eines Rechtes ins Grundbuch hat also nicht ohne weiteres Recht erzeugende Kraft, vielmehr ist sie nur ein Bestandteil des sich aus zwei Elementen zusammensetzenden Rechtserwerbes. Es wird jedoch vermutet nach § 891, daß derjenige, für den im Grundbuche ein Recht eingetragen ist, in der Tat der Berechtigte ist. Fälle, in denen diese Vermutung nicht zutrifft, können sich dadurch ergeben, daß ein Irrtum des Grundbuchsrichters vorliegt, daß es einem Teile bei der Begründung des Rechts an der erforderlichen Geschäftsfähigkeit fehlte, oder, daß nachträglich der dingliche Vertrag infolge von Anfechtung wegen Irrtums, Drohung oder arglistiger Täuschung nichtig geworden ist. „Hierher gehört der Fall, wenn das Katasteramt bei der Berichtigung des Flurbuches Jemandem eine von ihm nicht eigentümlich besessene Parzelle irrtümlich als sein Eigentum zugeschrieben hatte, und dieselbe deswegen in sein Grundbuchblatt zur Eintragung gelangt war." (S. „Ostermeyer" a. a. O. S. 132.)

Dasselbe ist der Fall, wenn Jemand irrtümlicherweise als Erbe angesehen wird und infolgedessen als Nachfolger des Berechtigten eingetragen wird.

In all diesen Fällen würde ein Zwiespalt vorliegen zwischen dem Buchrechte und der wirklichen Rechtslage. Es würde sich nun das Mißliche ergeben, daß, wenn die Eintragung dreißig Jahre bestanden hätte, die Vindikationsklage des wirklichen Eigentümers oder, wenn es sich um die Eintragung eines Nießbrauchs oder einer Dienstbarkeit handelt, die negatorische Klage des Eigentümers und des wirklichen Servitutberechtigten verjährt wäre.

Der Eigentümer des herrschenden Grundstücks könnte alsdann zwar die Abweisung der negatorischen Klage des Eigentümers des dienenden Grundstücks erlangen, gegen diesen aber nicht mit der Klage auf Gestattung der Ausübung der Grunddienstbarkeit durchdringen.

Außerdem ist nicht zu verkennen, daß es etwas Unerquickliches an sich hat, etwaige Mängel des Begründungsaktes zum Gegenstande eines Prozesses zu machen, wenn die Eintragung im Grundbuche schon seit dreißig Jahren bestanden hat. —

Aus diesen Erwägungen heraus hat die Vorschrift des § 900 Aufnahme ins Bürgerliche Gesetzbuch gefunden, welche bestimmt:

„Wer als Eigentümer eines Grundstücks im Grundbuche eingetragen ist, ohne daß er das Eigentum erlangt hat, erwirbt das Eigentum, wenn die Eintragung dreißig Jahre bestanden und während dieser Zeit das Grundstück im Eigenbesitze gehabt hat. Die dreißigjährige Frist wird in derselben Weise berechnet, wie die Frist für die Ersitzung einer beweglichen Sache. Der Lauf der Frist ist gehemmt, solange ein Widerspruch gegen die Richtigkeit der Eintragung im Grundbuche eingetragen ist.

Diese Vorschriften finden entsprechende Anwendung, wenn für jemand ein ihm nicht zustehendes anderes Recht im Grundbuche eingetragen ist, das zum Besitze des Grundstücks berechtigt, oder dessen Ausübung nach den für den Besitz geltenden Vorschriften geschützt ist. Für den Rang des Rechtes ist die Eintragung maßgebend."

Nur in Gemäßheit dieser Gesetzesbestimmung kann sich unter der Herrschaft des neuen Rechtes noch die Ersitzung einer Dienstbarkeit an einem Grundstücke vollziehen, also als Ersitzung, die sich an den Buchzustand anlehnt und daher auch Tabularersitzung genannt wird. Besser redet man mit „Crome" (a. a. O. S. 142) von einer Ersitzung des Buchzustandes. Als solche kommen zunächst der Nießbrauch in Betracht. Ferner das Wohnungsrecht. —

Der Nießbraucher und Wohnungsberechtigte sind gemäß §§ 1036, 1093 zum Besitze der Sache berechtigt; ferner die Grunddienstbarkeiten und die beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten, deren Ausübung nach den für den Besitz geltenden Vorschriften geschützt wird. (§§ 1090, 1029). Unter den beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten versteht das Bürgerliche Gesetzbuch Grundstücksgerechtigkeiten, deren Subjekt nicht dinglich durch das jedesmalige Eigentum des herrschenden Grundstücks, sondern rein persönlich bestimmt ist. — (Die gemeinrechtlichen „servitutes irregulares").

Die Voraussetzungen der Ersitzung der genannten Dienstbarkeiten an Grundstücken ist demnach zunächst, wie schon der Name „Tabularersitzung" sagt, „tabula", d. h. Eintragung des angeblich Berechtigten ins Grundbuch. —

Zweifelhaft könnte in dieser Beziehung sein, ob es nicht für die „Eintragung" genügen muß, wenn ein früherer Eigentümer des herrschenden Grundstücks als Servitutberechtigter eingetragen ist, wenn von ihm der scheinbar jetzige Eigentümer das Grundstück scheinbar ererbt hat.

Die Litteratur hat diese nach dem Wortlaut des Gesetzes zu verneinende Frage noch nicht erörtert; wir neigen aber dazu sie zu bejahen, denn gemäß §§ 40/41 der Grundbuchordnung hat der Erbe oft wenig Interesse daran eine mit Kosten verknüpfte Berichtigung des Grundbuchs herbeizuführen, und das Wesentliche an der Grunddienstbarkeit ist ja, daß die Person des Berechtigten durch das Eigentum des herrschenden Grundstücks bestimmt ist. Die Eintragung muß dreißig Jahre bestanden haben. Zur Vollendung der Ersitzung ist Ablauf des 30. Besitzjahres erforderlich. Wird das Recht aus irgend welchen Ursachen einmal gelöscht, dann aber wieder eingetragen, so ist die Ersitzung unterbrochen und kommt die bisherige Zeit der Eintragung nicht in Betracht. —

Das zweite Erfordernis ist der Besitz, bezw. ein besitzähnliches Verhältnis, d. h. die Ausübung der Grunddienstbarkeit.

Die Ersitzung des Nießbrauchs kann demnach erst beginnen, wenn der Nießbrauchsprätendent den mittelbaren oder unmittelbaren Nießbrauchsbesitz erlangt hat, und zwar umfängt die Ersitzung natürlich nur soviel, wie besessen wird. („Quantum possessum, tantum praescriptum); andererseits nützt es nichts, wenn ein Teil besessen wird, der nicht eingetragen ist. —

Zur Eigentumsersitzung verlangt § 900 Eigenbesitz, d. h. eine Willensrichtung beim Besitz, wie sie der Eigentümer, aber auch der Dieb und der Räuber hat. („Wer eine Sache als ihm gehörend besitzt, ist Eigenbesitzer. [§ 892.])

Da die Vorschrift des § 900 Abs. 1 entsprechend angewandt werden soll, so muß zur Nießbrauchsersitzung außer dem äußeren tatsächlichen Verhältnisse eine Willensrichtung verlangt werden, die darin besteht, daß der Ersitzende das Grundstück zum Zwecke der Nießbrauchsausübung besitzen will. („Nießbrauchsbesitz").

Entsprechendes gilt von dem zum Besitze einzelner Räumlichkeiten berechtigten Wohnungsinhaber. —

Unterbrechung des Besitzes unterbricht die Ersitzung, wobei zu beachten ist, daß eine der Natur nach vorübergehende Verhinderung der tatsächlichen Gewalt den Besitz nicht verloren gehen läßt. Übrigens kommen dem Ersitzenden die Wohltaten der §§ 938/940 zugute, denn das Gesetz bestimmt, daß die dreißigjährige Frist in derselben Weise berechnet werden solle, wie die Frist für die Ersitzung einer beweglichen Sache.

So finden die §§ 938—944 hier Anwendung; alles bezüglich der Hemmung und Unterbrechung bei der Ersitzung des Nießbrauchs an beweglichen Sachen Ausgeführte gilt auch hier und wäre an dieser Stelle zu wiederholen. Dies ist die allgemeine Ansicht auch in der Literatur, nur „Oberneck" (a. a. O. S. 158 § 54, 2) erwähnt seltsamerweise Seite 334, daß die Tabularersitzung nicht unterbrochen wird durch Handlungen und sonstige Ereignisse, welche die Anspruchsverjährung unterbrechen oder hemmen, insbesondere nicht durch die Erhebung der Vindikationsklage bezw. die „actio negatoria". Er beruft sich hierfür auf „Enneccerus u. Lehmann" (a. a. O. S. 74), bei denen sich aber seltsamerweise keine Bestätigung, sondern Ausführungen der entgegengesetzten Ansicht finden.

Einen in den §§ 938—944 nicht erwähnten Hemmungsgrund enthält ergänzend § 900: „der Lauf der Frist ist gehemmt, solange ein Widerspruch gegen die Richtigkeit der Eintragung im Grundbuche eingetragen ist."

Der Eigentümer des belasteten Grundstücks kann nämlich nach § 899, wenn der Inhalt des Grundbuchs in Ansehung der Grunddienstbarkeit mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange steht (§ 894), die Eintragung eines Widerspruchs erlangen, sei es auf Grund einer einstweiligen Verfügung,

sei es auf Grund der Bewilligung desjenigen, dessen Recht durch die Berichtigung des Grundbuches betroffen wurde. Das Gesetz gebraucht den Ausdruck, der Lauf der Frist ist „gehemmt"; es ist daher mit „Planck" (a. a. O. zu § 900) anzunehmen, daß nach Löschung des Widerspruches die begonnene Frist fortläuft. —

Anderer Meinung sind möglicherweise „Enneccerus und Lehmann", welche (a. a. O. Seite 158 § 54,2) schreiben:

„Eintragung eines Widerspruchs unterbricht nicht nur die Verjährung, sondern hindert sie schlechtweg."

Wenn wir uns nunmehr von der Ersitzung des Nießbrauchs an Grundstücken der Ersitzung der beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten und der Grunddienstbarkeiten zuwenden, so gilt alles über das Erfordernis der Eintragung Gesagte auch hier; ebenso ist die Berechnung der dreißigjährigen Frist die gleiche wie bei beweglichen Sachen.

Was aber das Erfordernis des Besitzes angeht, so muß, da entsprechende Anwendung des Abs. 1 § 900 vorgeschrieben ist, tatsächliche Ausübung der Dienstbarkeiten während dreißig Jahre verlangt werden.

Die Ersitzungsfrist nimmt ihren Anfang, wenn zum ersten Male die betreffende Gerechtigkeit ausgeübt ist, natürlich in der Absicht ein Recht auszuüben, denn nur eine solche Willensrichtung würde dem in § 900,1 verlangten Eigenbesitze entsprechen. „Ob dieser „animus iuris exercendi" vorliegt, wird indes weniger Schwierigkeit machen, als im gemeinen Recht, da eine der Eintragung entsprechende Handlungsweise regelmäßig als vom „animus iuris exercendi" getragen angesehen werden muß." („Planck" a. a. O. zu § 900.)

Worin die Ausübung besteht, ist, wie in dem Abschnitte über das gemeine Recht geschildert, verschieden, je nachdem die Dienstbarkeit in einem „facere", „habere" oder „pro-

hibere“ besteht. Wir verweisen in dieser Beziehung auf das in dem Abschnitte über das gemeine Recht Ausgeführte.

Bei den unständigen Dienstbarkeiten fragt es sich, wie oft die Servitut in den dreißig Jahren ausgeübt werden muß. Eine einheitliche Antwort läßt sich auf diese Frage unseres Erachtens nicht geben; erforderlich ist nur, daß sie so oft ausgeübt wird, daß man ein „besitzähnliches“ Verhältnis, also dasjenige annehmen kann, was man im gemeinen Recht mit „quasi possessio“ bezeichnete.

Wann bei den nicht ständigen und negativen Dienstbarkeiten dieses besitzähnliche Verhältnis vorliegt, ist Tatfrage; insbesondere erscheint es uns unrichtig, zu verlangen, daß der Ersitzende nachweise, daß er die Dienstbarkeit mindestens einmal ausgeübt habe.

„Biermann“ (a. a. O. S. 48/49) und mit ihm „Maret“ (a. a. O.) nehmen an, daß der § 900,2 nur dann auf die nichtständigen Dienstbarkeiten Anwendung finden könne, wenn die Dienstbarkeit während der dreißigjährigen Frist mindestens einmal jährlich ausgeübt sei; denn nur in diesem Falle würde gemäß § 1029 die Dienstbarkeit nach den für den Besitz geltenden Vorschriften geschützt.

Dagegen macht „Planck“ unseres Erachtens mit Recht geltend: „Der § 900,2 macht den Erwerb der Dienstbarkeit nach Maßgabe des Absatzes 1 nicht von dieser Voraussetzung abhängig, sondern verweist auf den Besitzschutz nur, um erschöpfend die Rechte zu kennzeichnen, auf welche die entsprechende Anwendung des Absatzes 1 zu beschränken ist.“ („Planck“ a. a. O. zu § 900.)

Wir stimmen mit „Planck“ überein, „daß § 900,2 nichts darüber enthalte, wann bei einem Rechte, dessen Ausübung nach den für den Besitz geltenden Vorschriften geschützt ist, ein besitzähnliches Verhältnis anzunehmen sei.“

Da der Absatz 1 bestimmt, die Frist wird berechnet wie

bei der Ersitzung beweglicher Sachen, so ist es nicht zweifelhaft, daß den Ersitzenden für die Fortdauer des durch einmalige Ausübung erlangten Besitzes nicht die Beweislast trifft, vielmehr ist § 938 anzuwenden. Was aber den nach § 938 zulässigen Gegenbeweis angeht, daß der Quasibesitz nicht während der ganzen dreißig Jahre gedauert habe, so ist „Planck" (a. a. O. zu § 900, 4b Abs. 3 Ende) nicht beizustimmen, daß dieser Gegenbeweis nach § 1029 immer dadurch geführt werden könne, daß die Dienstbarkeit während eines Jahres nicht ausgeübt sei, wobei freilich dem Besitzer der § 940 zu gute komme. Unseres Erachtens übersieht „Planck", daß auch § 1029 nichts darüber enthält, wann ein besitzähnliches Verhältnis bei einer Dienstbarkeit vorhanden ist, sondern nur bestimmt, daß ein Schutz dieses Verhältnisses nur stattfinden soll, wenn die Dienstbarkeit innerhalb eines Jahres wenigstens einmal ausgeübt ist. Es verhält sich mit dieser Bestimmung gerade so wie im gemeinen Recht mit der l. 43, 19 D. de itin. actuque privat.

Schutz gegen Störung dieser Dienstbarkeit wurde nur dann gewährt, wenn die Wegegerechtigkeit im letzten Jahre wenigstens dreißig mal ausgeübt war; ob aber nicht der zur Ersitzung erforderliche Quasibesitz trotzdem vorhanden sein konnte, dieser Frage war durch diese Quellenstelle nicht präjudiziert.

Dabei ist durchaus anzuerkennen, daß meistens ein besitzähnliches Verhältnis nicht mehr anzunehmen sein wird, wenn die Dienstbarkeit innerhalb eines Jahres nicht mehr ausgeübt ist; indes ist es recht wohl angänglich, daß das besitzähnliche Verhältnis trotz vor Jahresfrist erfolgter Ausübung schon viel eher geendet hat, und andererseits kann nach dem besonderen Inhalte einer Dienstbarkeit deren Ausübung und damit Erhaltung des besitzähnlichen Zustandes auch in längeren Zwischenräumen als in einem Jahr erfolgen. (Siehe die Motive zum B.G.B. III zu § 979 S. 489—492.)

Den Beweis des Fehlens des besitzähnlichen Verhältnisses kann der Gegner des Ersitzenden vielmehr nur unter analoger Anwendung der allgemeinen Grundsätze über den Verlust des Sachbesitzes erbringen.

In dieser Beziehung muß auf das über den Verlust des Quasibesitzes in dem Abschnitt über das gemeine Recht Gesagte verwiesen werden.

Was insbesondere die negativen Dienstbarkeiten angeht, so ist der Ausführung „Marets“ (a. a. O. S. 40) beizustimmen, der hervorhebt, „daß hier Besitzverlust nicht schon angenommen werden könne bei einer der Dienstbarkeit zuwiderlaufenden Handlung; diese bewirke an sich nur eine Besitzstörungsklage im Sinne des § 861 und § 862 B.G.Bs.

Wenn dagegen eine gegen Verbot errichtete Anlage auf dem dienenden Grundstück ein Jahr lang fortbestanden habe, ohne daß Widerspruch von seiten des Beeinträchtigten erfolgte, so sei Besitzverlust eingetreten; denn alsdann sei nach § 864 der Anspruch wegen Besitzstörung ausgeschlossen und damit habe tatsächlich die Störung des besitzähnlichen Verhältnisses zur Besitzentziehung geführt.“

Hinsichtlich der übrigen Unterbrechungsgründe, sowie der Hemmung der Ersitzung gelten auch bezüglich der Grunddienstbarkeiten die Vorschriften der §§ 938—944.

Eine „accessio temporis“ kommt nach Analogie des § 943 nur bei Grunddienstbarkeiten in Betracht, die beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten sind ja unübertragbar; ebenso ist bei Grunddienstbarkeiten § 944 entsprechend anwendbar, vorausgesetzt freilich, daß der Erblasser eingetragen war. — Besitz und Bucheintrag müssen auch bei den Vorgängern übereingestimmt haben.

Offenbar aber („Giercke“ a. a. O. S. 459) ist anzunehmen, daß dem besitzenden Rechtsnachfolger auch ein noch

auf den Rechtsvorgänger lautender Bucheintrag und dem eingetragenen Rechtsnachfolger auch ein fortdauernder Besitz des Rechtsvorgängers zu statten kommt. Dagegen kann die Ersitzung stets nur vollenden, wer zugleich besitzt und eingetragen ist. —

C. Schluß.

§ 12. Übergangsbestimmungen.

Zur erschöpfenden Behandlung unseres Themas ist noch eine kurze Darstellung der objektiven Erfordernisse der Ersitzung der Servituten notwendig, wenn sich die Ersitzung in der Übergangszeit vollzieht.

Was zunächst die Ersitzung des Nießbrauchs an beweglichen Sachen angeht, so schreibt Art. 185 (E.G. B.G.B.) entsprechende Anwendung der Grundsätze des Artikel 169 vor.

Artikel 185 lautet: „Ist zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Ersitzung des Eigentums oder Nießbrauchs an einer beweglichen Sache noch nicht vollendet, so finden auf die Ersitzung die Vorschriften des Artikel 169 entsprechende Anwendung".

Artikel 169 lautet: „Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Verjährung finden auf die vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs entstandenen, noch nicht verjährten Ansprüche Anwendung. Der Beginn sowie die Hemmung und Unterbrechung der Verjährung bestimmen sich jedoch für die Zeit vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches nach den bisherigen Gesetzen. Ist die Verjährungsfrist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche kürzer als nach den bisherigen Gesetzen, so wird die kürzere Frist von dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches an berechnet. Läuft jedoch die in den bisherigen Gesetzen bestimmte längere

Frist früher als die im Bürgerlichen Gesetzbuche bestimmte kürzere Frist ab, so ist die Verjährung mit dem Ablaufe der längeren Frist vollendet".

Es kann somit sowohl die ordentliche wie die außerordentliche Ersitzung des Nießbrauchs unter der Herrschaft des neuen Rechts vollendet werden; ob die Ersitzungsfrist zu laufen begonnen hat, richtet sich nach dem alten Recht. Handelt es sich um Ersitzung „inter absentes" oder um außerordentliche Ersitzung, so wird der Absatz 2 des Artikels 169 bedeutungsvoll. Denn da die Frist des Bürgerlichen Gesetzbuches nur zehn Jahre, die des gemeinen Rechts aber zwanzig, dreißig und mehr Jahre betrug, so wird jede unter der Herrschaft des gemeinen Rechts begonnene ordentliche oder außerordentliche Ersitzung spätestens am 31. Dezember 1909 vollendet. Bedürfte es aber bei dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches zur Vollendung der Nießbrauchsersitzung nur noch weniger als zehn Jahre, so hat es bei dieser Frist sein Bewenden.

Hemmungen und Unterbrechungen der Ersitzung, die unter dem alten Recht sich ereignet haben, werden nach dem alten Recht beurteilt; sind sie unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches eingetreten, so ist dieses maßgebend.

Passend veranschaulicht „Habicht" (a. a. O. S. 441) diese Rechtsregel durch folgendes Beispiel:

„Hat der Besitzer im gemeinen Recht den Besitz vor 1900 verloren, ihn aber nach dem 1. Januar 1900 binnen Jahresfrist nach seinem Verlust wiedererlangt, so bleibt doch die einmal erfolgte Unterbrechung der Ersitzung zu seinen Ungunsten bestehen, erst von der Wiedererlangung des Besitzes an läuft eine neue (zehnjährige) Ersitzung für ihn; er kann sich auf den § 940 Abs. 2 B.G.Bs. nicht berufen".

Hinsichtlich der Ersitzung des Nießbrauchs an unbeweglichen Sachen, des Wohnungsrechtes, sowie der Grund-

dienstbarkeiten und der beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten ist Artikel 189 Abs. 2 maßgebend, welcher lautet:

„Ist zu der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, der Besitzer als der Berechtigte im Grundbuche eingetragen, so finden auf eine zu dieser Zeit noch nicht vollendete, nach § 900 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zulässige Ersitzung die Vorschriften des Artikels 169 entsprechende Anwendung".

Hinsichtlich der Berechnung der Frist wird wieder auf Artikel 169 verwiesen. Es ergibt sich demnach der interessante Rechtsgrundsatz, daß, wenn der Nießbrauch an Grundstücken oder die Grunddienstbarkeit nach altem Recht in zehn oder zwanzig Jahren vollendet würde, vor Ablauf dieser Frist aber der 1. Januar 1900, oder der Zeitpunkt fällt, in dem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, es zur Ersitzung der Servitut nunmehr des Ablaufs der dreißig Jahre des Bürgerlichen Gesetzbuchs bedarf; denn nur, wenn die Frist des bisherigen Rechtes länger ist als die Frist des Bürgerlichen Gesetzbuches, und wenn diese längere Frist eher abläuft als die kürzere Frist des Bürgerlichen Gesetzbuchs, soll es bei der Frist des alten Rechts sein Bewenden haben. („Habicht" a. a. O. S. 442).

Im übrigen bestimmt sich auch bezüglich der Servitutenersitzung an Grundstücken der Beginn der Ersitzung nach dem alten Rechte; Hemmung und Unterbrechung, wenn sie eintreten vor dem Zeitpunkte, in dem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, werden nach altem Recht beurteilt; nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, wenn sie nach diesem Zeitpunkt eintreten.

„Jedenfalls ist aber nötig, um die frühere Zeit einzurechnen, daß der Besitzer in dem Zeitpunkte, wo das Grundbuch (im Sinne des Einführungsgesetzes) als angelegt anzusehen ist, im Grundbuche als Berechtigter eingetragen ist.

Ist das nicht der Fall, so tritt eine Unterbrechung der begonnenen Ersitzung ein, die, auch wenn sie später durch nachträgliche Eintragung des Berechtigten ins Grundbuch beseitigt wird, doch die Einrechnung der früheren Ersitzungszeit hindert, sodaß erst von der Eintragung an eine neue dreißigjährige Ersitzung nach § 900 des Bürgerlichen Gesetzbuchs läuft". („Habicht" a. a. O. S. 443). —